Las garantías constitucionales y convencionales, aplicadas al proceso

Luis Alberto Canales Cortés
Sergio J. Cuarezma Terán
Directores

Boris Barrios González · Armando A. Fuentes Rodríguez
Iris Valverde Usaga · Sergio J. Cuarezma Terán
Juan Manuel Morel Pérez · Víctor Edo. Orozco Solano
Patricio Maraniello · Gonzalo Pérez Salazar
Jorge Kiriakidis · Alfredo Araya Vega
Erickson Costa Carhuavilca · Luis Arturo Ramírez Roa
Mauricio Chacón Jiménez · Jacob Carrera Spooner

INEJ
Fundado en 1995

Las garantías constitucionales y convencionales, aplicadas al proceso

Luis Alberto Canales Cortés
Sergio J. Cuarezma Terán
Directores

Diego Cuarezma Zapata
Coordinador
Asistente de Investigación
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua

Autores

Boris Barrios González
Armando A. Fuentes R.
Iris Valverde Usaga
Sergio J. Cuarezma Terán
Juan Manuel Morel Pérez
Víctor Edo. Orozco Solano
Patricio Maraniello
Gonzalo Pérez Salazar
Jorge Kiriakidis
Alfredo Araya Vega
Erickson Costa C.
Luis Arturo Ramírez Roa
Mauricio Chacón Jiménez
Jacob Carrera Spooner

Equipo editorial

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

ISBN: 978-99924-21-33-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Autores varios, 2017
© INEJ, 2017

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. E-mail: info@inej.net

www.inej.edu.ni

Impreso por
Servicios Gráficos
Managua, Nicaragua

Junta Directiva
Asociación Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal
Período 2015- 2017

Luis Alberto Canales Cortés

Presidente

Luis Fernando Rojas Arredondo.

Vicepresidente

Hilario Andrey Agüero Santos

Secretario

Hazel Salas Desanti

Tesorera

Erick Elías Miranda Picado

Vocal

María Xinia Hernández Hernández

Vocal

Maximiliano Víquez Rojas

Fiscal

Índice

Presentación..... 9

Las garantías convencionales de la libertad y seguridad personales aplicables en el proceso penal acusatorio.
Boris Barrios González, Panamá..... 13

El debido proceso como garantía individual, titularidad y finalidad en nuestros tiempos.
Armando A. Fuentes Rodríguez, Panamá 33

Las garantías constitucionales y convencionales aplicadas al proceso.
Iris Valverde Usaga, Costa Rica 55

El rol de la defensa en la fase de investigación en el Código procesal penal de la República de Panamá.
Sergio J. Cuarezma Terán, Nicaragua 77

El debido proceso como derecho multidimensional en el sistema interamericano.
Juan Manuel Morel Pérez, República Dominicana 93

De la inconstitucionalidad por omisión, a la inconvencionalidad por omisión. Nuevo paradigma de tutela de los derechos previstos en la Constitución Política, y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.
Víctor Edo. Orozco Solano, Costa Rica 103

La lid constitucional.
Patricio Maraniello, Argentina..... 133

Inconsistencias de la sala constitucional en materia de principios y valores
Gonzalo Pérez Salazar, Venezuela..... 145

Estándares constitucionales del debido proceso en la constitución venezolana de 1999.
Jorge Kiriakidis, Venezuela 165

Flagrancia delictiva y actuaciones policiales.
Alfredo Araya Vega, Costa Rica 197

Los estándares de suficiencia probatoria en el proceso penal peruano.
Erickson Costa Carhuavilca, Perú 217

Debido proceso y derecho a la verdad como defensa de los derechos humanos.
Luis Arturo Ramírez Roa, Colombia 231

Las medidas de protección a favor de personas menores de edad Abusos e incorrecciones.
Mauricio Chacón Jiménez, Costa Rica 261

Mecanismos de defensa y protección de garantías fundamentales en procesos ante la administración pública en Panamá.
Jacob Carrera Spooner, Panamá 305

Presentación

El recordado jurista Couture, sentenciaba en sus mandamientos del abogado: "*El derecho se trasforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado*."

La severidad de las palabras lleva una verdad material implícita, la constante evolución de las ciencias jurídicas, nos obliga a los profesionales del derecho, su constante actualización y no hay manera de lograrla sino es a través de la lectura, del estudio, de la reflexión y del coloquio con los maestros, pues no hay ciencia infusa.

Estamos ante el desafío, en el marco del siglo XXI, dominado por el conocimiento y la información, de transformarnos a través del estudio y la investigación científica y ser además, agentes creadores de espacios de debates, seminarios, congresos, especializaciones, y contribuir, de esta manera, a la calidad del pensamiento jurídico y al ejercicio efectivo del derecho. Los docentes deben de promover este tipo de esfuerzo conciliando desde la cátedra los programas de exámenes en fechas que permitan a sus estudiantes participar a estos eventos y contribuir a la promoción del conocimiento novedoso y de calidad.

Esto tan solo es un llamado a la conciencia, en momentos en que se habla por doquier de las debilidades en la enseñanza del derecho y que ha obligado al Colegio a imponer un riguroso examen de ingreso. O en el peor de los casos, cuando las estadísticas de exámenes de ingreso a la judicatura evidencian una cuota nada despreciable de fracasos.

Han transcurrido muchos años desde el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal. El inicio fue bastante difícil. En Costa Rica no se acostumbraban celebrar eventos académicos con una asistencia masiva. Con el paso del tiempo, enfrentamos retos, que en algún momento nos pusieron a prueba la sostenibilidad y continuidad de los Congresos, riesgos que asumimos con éxito. Esta experiencia nos ha permitido salir fortalecidos. Tantos años son signo de constancia,

de esfuerzo compartido no solo a nivel local, sino a nivel europeo y latinoamericano.

Este Encuentro es auspiciado por el Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal. Un organismo civil, sin fines de lucro, cuya misión es la de promover el desarrollo de la ciencia procesal, a través de talleres, conferencias, seminarios y congresos. Se patrocina con los recursos que le facilita el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y otros socios estratégicos, lo que le permite que la inversión para su acceso sea accesible para profesionales y estudiantes.

El instituto tiene su carta de nacimiento en la Zona Sur – Sur de Costa Rica, desde donde un grupo de abogados emprendedores, decidieron unir esfuerzos para lograr año tras año un Congreso, en el que se reúnen especialistas del derecho procedentes de varios países de América, incluso Europa, quienes con desprendimiento nos entregan sus más frescas experiencias de la doctrina procesal.

Esta no es la excepción, este **XI Congreso Internacional de Derecho Procesal**, tiene lugar en esta ocasión en el Hotel, Casa Roland, Golfito, Puntarenas, Costa Rica, los días 8 al 10 de junio del 2017, con la asistencia de expositores de Colombia, Panamá, Brasil, Perú, Bolivia, Ecuador, Argentina, Venezuela, República Dominicana, Nicaragua, México y Costa Rica.

El tema de esta ocasión es la investigación regional: "**Las Garantías Constitucionales y Convencionales, aplicadas al proceso**". El proceso es un sistema de garantías, por medio del cual se procura la tutela judicial efectiva y alcanzar –como señala el profesor Lorca Navarrete– el enjuiciamiento en justicia. Es decir, no es una mera secuencia mecánica, acrítica de actos.

En esta oportunidad queremos agradecer al Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (www.inej.edu.ni), sede Nicaragua, ya que con su ayuda y financiamiento, hemos logrado sacar esta obra regional, nuestra gratitud al D. Mario A. Houed Vega, Rector y a D. Sergio J. Cuarezma Terán, Vicerrector General de dicha casa de estudio. El INEJ, es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, goza de un alto prestigio en Latinoamérica, su labor académica y científica contribuye al desarrollo humano, social y económico de la

región a través de la investigación y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados y la investigación científica en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

Al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, cuyos directivos, han mostrado un compromiso con la academia. El Poder Judicial, que nos ha facilitado la difusión del Congreso y la concurrencia de sus funcionarios que participan como expositores. A nuestros patrocinadores, a los conferencistas, que sacrifican su espacio de tiempo libre y el de su familia, gracias.

MSc. Luis Alberto Canales Cortés

Presidente ICRDP

Golfito, Costa Rica, 8 de junio 2017

Las garantías convencionales de la libertad y seguridad personales aplicables en el proceso penal acusatorio.

(Línea Jurisprudencial vinculante para el análisis de casos en la justicia nacional)

Boris Barrios González.

Sumario. 1. Introducción. 2. El contexto jurídico e ideológico de libertad. 3. La detención como excepción de libertad desde el modelo sistemico de los derechos humanos. 3.1. Desde la regulación general y específica del artículo 7 de la Convención. 3.2. El alcance de la libertad personal establecida en la Convención y en la jurisprudencia vinculante de la CORIDH. 3.3. La función de la CORIDH en la protección internacional del derecho a la libertad personal. 4. Detencion ilegal. 4.1. Generalidades. 4.2. Los aspectos fundamentales de la detención ilegal para el análisis de casos, según la jurisprudencia vinculante de la CORIDH. 5. En la jurisdicción nacional, únicamente a través de la reserva de ley se puede afectar el derecho a la libertad personal. Referencia jurisprudencial.

1. Introducción

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, desde sus primeras sentencias en el año 1988 hasta la fecha, se ha pronunciado sobre el tema de la protección a la integridad y libertad personales en más de 67 casos contenciosos, 31 medidas provisionales y 6 opiniones consultivas.

Desde sus primeros años de funcionamiento la mayoría de los casos conocidos por la Corte se han referido a la Integridad y libertad personales y el derecho a la vida, lo que le ha permitido crear una extensa y detallada jurisprudencia sobre la materia, la cual hoy se expone como jurisprudencia vinculante para el operador ordinario de justicia en los Estados Partes bajo el imperativo del Control Difuso de Convencionalidad.

En efecto, el derecho a la libertad personal, las restricciones a este derecho y el trato que los Estados dan a las personas privadas de libertad, es uno de los temas de mayor trascendencia actualmente en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Es por ello que en el presente estudio abordaremos de manera casuista el marco estructural fundamentalista que propone la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para hacer efectiva la tutela jurisdiccional del derecho a la libertad personal como contenido del imperativo del Control Difuso de Convencionalidad por parte de los operadores de justicia en los Estados Partes.

2. El contexto jurídico e ideológico de libertad

Desde la estructura ideológica del Estado liberal, las constituciones liberales definieron la libertad constitucional en base a que los ciudadanos particulares sólo eran responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o la Ley; mientras que los servidores públicos lo eran por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas, y algunas constituciones aún conservan ese fundamento jurídico e ideológico de la libertad.

No obstante, en la transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, nacido de la segunda posguerra y que desde sus orígenes se vincula a la Declaraciones Universales de los Derecho Humanos de 1948, y a la Convención Americana de los Derecho Humanos (1969), la idea de libertad ha evolucionado de una concepción individual a una concepción social que implica que

todas las personas nacen libres e iguales, que deben recibir la misma protección y trato de las autoridades nacionales e internacionales y que gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación 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[1].

Al amparo, entonces, del constitucioalismo contemporáneo y el derecho de los tratados, y en base a un orden general y pricipialista de valores, toda persona es libre; y por tal efecto, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Como excepción a ese orden general de valores, la persona detenida preventivamente será puesta a disposición de un juez competente dentro de una previsión de horas siguientes, para que el juzgador, en función jurisdiccional delegada del Estado, adopte la decisión correspondiente en el término que haya establecido la ley; pero en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Hoy estos enunciados principialistas constituyen un marco jurídico e ideológico de protección jurisdiccional del derecho a la libertad personal que alcanza, también, a la protección mediante el acceso a la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos y fundamentales por defectos del compromiso de los Estados Partes de la Convención Americana de los Derechos Humanos de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción.

1 Véase artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José).

3. La detención como excepción de libertad desde el modelo sistemico de los derechos humanos

3.1. Desde la regulación general y específica del artículo 7 de la Convención.

Desde el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador" (2007), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CORIDH) ha establecido que el artículo 7 de la Convención, sobre el "derecho a la libertad personal", tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra especifica.

Veamos el texto integral del artículo 7, convencional, que a la letra establece:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o deten-

ción y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimenticios.

La regulación general del derecho a la libertad personal se encuentra en el primer numeral del artículo 7 de la Convención, cuando dice que: "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"; mientras que la regulación específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7).[2]

3.2 El alcance de la libertad personal establecida en la Convención y en la jurisprudencia vinculante de la CORIDH.

En el caso "Niños de la Calle vs Guatemala" (1999) la CORIDH fijo el criterio entorno a la libertad personal, derivada del artículo 7.1, conforme al cual la protección de la libertad salvaguarda:

2 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 51, y caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 89.

> Tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.[3]

Es por ello, entonces, que la CORIDH ha fijado, en términos generales, el concepto de libertad y seguridad en la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Otro vs Ecuador, estableciendo que:

> La libertad seria la capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.[4]

3 Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63. Párr..135.

4 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviem-

De lo que se trata, entonces, es que la jurisprudencia de la CORIDH, en diferentes casos, ha establecido que el artículo 7 de la Convención "protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico".[5]

Vale anotar, también, que en la sentencia del caso Chaparro Álvarez vs Ecuador la CORIDH asimila criterio vertido por la Corte Europea de los DH y sostiene que:

> "la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"; por lo que, en consecuencia, el numeral primero del artículo 7 protege de manera general el derecho a la libertad y la seguridad personales, mientras que "los demás numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad".[6]

3.3 La función de la CORIDH en la protección internacional del derecho a la libertad personal.

No obstante, como un elemento conclusivo de interés convencional es de advertir que la CORIDH lo que quiso dejar en claro, en el caso Chaparro Álvarez vs Ecuador; y en el caso Yvón Neptune vs Haití, es que:

> Este derecho puede ejercerse de múltiples formas, lo que en definitiva regula la Convención en este artículo "son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica

bre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 52; véase, también, el caso Jaramillo y Otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 192.

5 Véase, por ejemplo, caso Yvón Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, N° 180, párr. 90.

6 Caso Chaparro Álvarez vs Ecuador. Párr. 53

> que la forma en que la legislación interna afecta el derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción" a este derecho.[7]

De lo que se trata, entones, es que cualquier privación de la libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con estricto cumplimiento de las garantías que se aseguren la protección de ese derecho fundamental de las personas.

Es por eso que a manera de conclusión, la CORIDH en el caso Chaparro vs Ecuador sostuvo que:

> Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona".[8]

Esa afirmación conclusiva que hace la CORIDH en los casos Chaparro Álvarez vs Ecuador e Yvón Neptune vs Haití, entre otros, nos sirven para entender por qué en el imperativo del control difuso de convencionalidad, el operador de justicia ordinario debe atender a que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción a tal libertad es siempre la excepción; y que por ello, "la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad".[9]

7 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, párr. 53, y caso Yvon Neptune vs Haití., párr. 90

8 Caso Chaparro Álvarez vs Ecuador, párr. 54, y caso Yvon Neptune vs Haití., párr. 91.

9 Caso Chaparro Álvarez, párr. 53.

4. Detención ilegal

4.1. GENERALIDADES

En la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988) fue el primer caso en que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CORIDH) abordó la cuestión judicial relativa a la privación de libertad de una persona por un Estado Parte.

Mediante el caso Velásquez Rodríguez se puso en manos de la CORIDH una desaparición forzada perpetrada por agentes vinculados a las fuerzas armadas de Honduras, y supuso para la Corte la oportunidad de establecer la base de su jurisprudencia en este tipo de violaciones.

La víctima había sido secuestrada en un escenario social y político de violencia contra las personas que el Estado consideraba peligrosas para su seguridad.

La Corte concluyo que se había violado el artículo 7 de la Convención y, aunque no realizó un análisis separado de cada numeral de dicho artículo, sí determinó que la desaparición de la víctima había sido una:

> Detención arbitraria, que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención".[10]

Más tarde, en el caso Gangaram Panday vs Surinam (1994) la CORIDH estableció las condiciones para calificar a una privación de la libertad como ilegal o como arbitraria; y para tal efecto determinó los criterios que ha mantenido en la jurisprudencia respecto al tema.

10 Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C, N° 4, párr. 186; en concordancia véase el caso Godínez Cruz vs Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, N°16, párr. 196

4.2 Los aspectos fundamentales de la detención ilegal para el análisis de casos, según la jurisprudencia vinculante de la CORIDH.

En cuanto a la detención ilegal, la CORIDH distingue dos aspectos fundamentales para el análisis de casos: Uno material y otro formal.

Y así ha dicho la CORIDH que:

> Nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).[11]

En una particularidad sobre la imposibilidad del análisis de prueba por falta de cooperación del Estado Parte, en el caso Gangaram Panday vs Surinam, la CORIDH no alcanzó a determinar si la detención se había producido de acuerdo a las causas y condiciones fijadas de antemano por la Constitución o la ley, a razón de que el Estado no suministro los textos oficiales de la normativa interna; no obstante, estableció que "la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad

11 Gangaram Panday vs Surinam, párr. 47; en concordancia, también, los casos: Cesti Hurtado vs Perú. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, N° 56, párr. 140; "Niños de la Calle", párr.. 131; Durand y Ugarte vs Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, N° 68, párr.. 85; Cantoral Benavides vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, N°69, párr..69; Bámaca Vesquez, párr..139; Juan Humberto Sánchez, párr.. 78; Maritza Urrutia, párr..65; Hermanos Gómez Paquiyauri, párr.. 83; Instituto de Reeducación del Menor, párr. 224; Tibi, párr. 98; Acosta Calderón, párr. 57; Palamara Iribarne vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N°135, párr. 196; García Asto, párr. 105; Suáres Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, N° 35, párr. 43; Servellón García y Otros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, N°152, párr. 89; Ticona Estrada y Otros vs Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 191, párr. 57.

del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado", y declaró violado el artículo 7.2 de la Convención.[12]

Pero además, en el caso Gangaram Panday, la CORIDH también estableció, por primera vez, un criterio jurisprudencial que ha aplicado, reiteradamente, en el análisis de casos posteriores de privación de libertad; y es que ha dicho la CORIDH que una vez declarado que la detención ha sido ilegal, la Corte estima que no es necesario proceder al análisis de si la detención también ha sido arbitraria, ni si se ha violado el derecho del detenido a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial competente.[13]

El mismo criterio jurisprudencial lo aplicó en el caso La Cantuta vs Perú (2006) en el que establece que la privación de la libertad constituyó un paso previo para la consecución de lo ordenado a los agentes militares que cometieron los hechos, esto es, la ejecución o desaparición de las víctimas; por lo cual declaró violados sólo los numerales 1 y 2 del artículo 7 de la Convención.[14]

El mismo criterio jurisprudencia lo aplicó el año siguiente en el caso Escué Zapata vs Colombia (2007), en el cual la CORIDH determinó que al haberse tratado de una detención ilegal que culminó en la inmediata ejecución de la víctima no era necesario realizar una análisis ulterior de los demás supuestos previstos en el artículo 7 de la Convención a razón que:

12 Caso Gangaram Panday vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, N° 16, párr. 49; y en concordancia, sobre la violación del artículo 7.2. de la Convención, véase casos Velasquez Rodríguez, párr. 135 y 136; y Godines Cruz, párr. 141 y 142.

13 Caso Gangaram Panday, párr. 51; y en criterio reiterado véase caso Bayarri vs Argentina. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, N° 187, párr.62

14 Caso La Cantuta vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162, párr. 109.

> Evidentemente la detención del señor Escué Zapata constituyó un acto ilegal, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley, sino ejecutarlo, por lo que resulta (…) innecesario al Tribunal pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida. Es decir, su detención fue de carácter manifiestamente ilegal, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención.[15]

No obstante el criterio establecido en el caso Escué Zapata vs Colombia en el que la Corte expresó que resultaba innecesario pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida; en otros casos, la Corte si se ha pronunciado en línea jurisprudencial sobre el análisis de la arbitrariedad de una detención en casos en que había declarado su ilegalidad.

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia vertida por la Corte, también, hay que decir que en otras sentencias la Corte no ha hecho distinciones especiales entre ilegalidad y arbitrariedad y, en vez, procedió a analizar en forma conjunta la violación de los numerales 2 y 3 del artículo 7 de la Convención.

En tal sentido vale traer a cita, por ejemplo, el caso Castillo Paez vs Perú (1997), en el que la Corte determinó que el Estado Peruano había violado los derechos consagrados en el artículo 7.2 y 7.3, porque la detención fue realizada sin que se dieran las causas o condiciones establecidas en la Constitución peruana, es decir que la detención no se produjo por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial; así como tampoco se demostró que la detención se había producido por delito in fraganti o estuviera vigente un estado de emergencia.[16]

15 Caso Escué Zapata vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, N° 165, párr. 86; y en concordancia véase los casos Gangaram Panday, párr. 51 y La Cantuta, párr. 109.

16 Caso Castillo Páez, párr. 56

En el caso 19 Comerciantes vs Colombia (2004) la Corte dio por demostrado que las víctimas habían sido detenidas por miembros de un grupo paramilitar o grupo delictivo. Y que la cúpula de la banda que tenía gran control en el Municipio, decidió matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, en virtud de que estos no pagaban las imposiciones que les cobraban por transitar con mercancías en esa región y, además, porque consideraban que vendían armas a las organizaciones guerrilleras de la región. Esta reunión se realizó con la aquiescencia de algunos oficiales del Ejército, los cuales estaban de acuerdo con dicho plan. Lo mismo ocurrió posteriormente con las dos personas que habían salido en busca de los anteriores. La Corte estableció que se había violado el derecho a la libertad personal de las victimas al haber sido detenidas ilegal y arbitrariamente. No obstante, aunque la Corte estableció que se había violado el derecho a la libertad personal de las víctimas, sin embargo, no realizó un análisis de la legislación interna, sino que confirmo que en los hechos del caso no habían operado ninguna de las salvaguardas de la libertad personal consagradas en el artículo 7 de la Convención.[17]

Al año siguiente, en el caso Gutiérrez Soler vs Colombia (2005) la Corte también declaró que la detención había sido realizada sin orden escrita de autoridad judicial competente y en una situación no constitutiva de flagrancia.[18] Con anterioridad, la Corte había declarado violados todos los numerales del artículo 7, excepto el numeral 7.

En el caso de las Masacres de Ituango vs Colombia (2006), la Corte dio por demostrado que 17 campesinos habían sido privados de su libertad durante 17 días al ser retenidos por un grupo de paramilitares que controlaba la zona durante los días de la incursión, la cual tuvo lugar con la aquiescencia del Estado. La Corte concluyó que se trataba de un caso de deten-

17 Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, N° 109, párr. 85.b, 85.c, 145 y 146.

18 Caso Gutiérrez Soler vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, N° 132, párr. 52

ciones ilegales y arbitrarias por cuanto fueron llevadas a cabo sin orden de detención suscrita por juez competente y sin que se acreditara situación de flagrancia.[19]

En el caso de las Masacres de Pueblo Bello vs Colombia (2006), de privación y muerte, la Corte consideró que:

> Colombia no adoptó las medidas de prevención suficientes para evitar que un grupo de aproximadamente 60 paramilitares ingresara al Municipio de Pueblo Bello, en horas en las que estaba restringida la circulación de vehículos, y luego saliera de dicha zona, después de haber detenido al menos a las 43 (...) victimas del (...) caso, quienes fueron asesinadas o desaparecidas posteriormente.[20]

La Corte concluyo que las víctimas fueron privadas arbitrariamente de su libertad, y que por haber faltado a sus deberes de prevención, protección e investigación, el Estado tiene responsabilidad por la violación de, entre otros, el derecho a la libertad personal, consagrado en los artículos, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en razón del incumplimiento de sus obligación de garantizar ese derecho.[21]

Otro caso de privación y muerte inmediata de la víctima, que ventiló la Corte, es el de Baldeon Garcia vs Perú. En este caso, la víctima fue detenida por parte de efectivos militares en una operación contrainsurgente. Llevada a una iglesia donde fue sometida a maltratos físicos, siendo "amarrada con alambres y colgada boca abajo de la viga de la iglesia para luego ser azotada y sumergida en cilindros de agua", y falleció como con-

19 Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, N° 148, párr. 153

20 Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, N° 140, párr. 238, 152 y 153

21 Caso de La Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, párr. 153.

secuencia de esos tratos.[22] El Estado reconoció su responsabilidad internacional por los hechos del caso y por la violación, entre otros, del artículo 7 de la Convención.

5. En la jurisdicción nacional, únicamente a través de la reserva de ley se puede afectar el derecho a la libertad personal

No obstante lo establecido por la Corte en el caso Gangaram Panday vs Surinam (1994); se advierte que en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íniguez vs Ecuador (2007) la Corte amplió los criterios ya establecidos en Gangaram Panday y realizó un análisis minucioso y diferenciado de cada numeral del artículo 7 de la Convención. En concreto, en cuanto al artículo 7.2, la Corte determinó que:

> Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad persona.[23]

Y en párrafo seguido de su sentencia la Corte se preocupa por dejar establecido qué entiende por "reserva de la Ley", y dice que.

> La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de

22 Caso Baldeón García vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, N° 147, párr. 2

23 Caso Cahaparro Álvarez, párr. 56; también, en concordancia el caso Yvón Neptune, párr. 96.

> su libertad, generara que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.[24]

Luego, entonces, si la Corte ha establecido que el artículo 7.2 de la Convención reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física; y que sólo conforme a la "reserva de la ley" puede afectarse el derecho a la libertad personal, por lo que entonces pasa a establecer que:

La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de (las victimas) se realizaron conforme a la legislación.[25]

Ahora bien, cuando la Corte deja por sentado que la función que le impone el artículo 7.2 de la Convención, consistente en verificar que las detenciones de las víctimas se realice conforme a la legislación interna del Estado Parte y, claro, siempre que no sea inconvencional, ello, en efecto, implica la determinación de ¿qué entiende la Corte por "ley" (legislación) interna?; y se explica que para la determinación del concepto de "ley" la Corte se remita a lo que anteriormente ha fijado en la Opinión Consultiva 6/86, esto es que "ley" es:

> (una) norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.[26]

Por otro lado, en el análisis del artículo 7.2 la corte examinó cada uno de los requisitos legales que establecía la legislación interna, algunos de los cuales coincidían con lo establecido en otros acápites del artículo 7 de la Convención. De esta

24 Caso Chaparro Álvarez, párr. 57; también en concordancia caso Yvón Neptune, párr. 96; y caso Bayarri, párr. 54

25 Caso Chaparro Álvarez, párr. 58; y también Yvón Neptune, párr. 96.

26 La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6, párr. 38.

manera, el Tribunal determinó que el análisis de este numeral del artículo 7 de la Convención lo haría bajo esos dos parámetros normativos: el interno y el convencional, de manera que:

> Si se establece que el Estado no informo a las víctimas de las "causas" o "razones" de su detención, la detención será ilegal y, por ende, contraria al artículo de la Convención, pero además constituirá una violación del derecho consagrado en el artículo 7.4 de la misma.[27]

Referencia jurisprudencial

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170.

Caso Yvón Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180

Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

Caso Jaramillo y Otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 192.

Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C, N° 4, párr. 186; en concordancia véase el caso Godínez Cruz vs Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, N°16.

Caso Gangaram Panday vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, N° 16

Caso Cesti Hurtado vs Perú. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, N° 56, párr. 140.

27 Caso Chaparro Álvarez, párr. 69.

Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

Caso Durand y Ugarte vs Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, N° 68.

Caso Cantoral Benavides vs Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, N°69.

Caso Palamara Iribarne vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N°135.

Caso Suáres Rosero vs Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, N° 35.

Caso Servellón García y Otros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, N°152.

Caso Ticona Estrada y Otros vs Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 191.

Caso Bayarri vs Argentina. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, N° 187.

Caso La Cantuta vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162.

Caso Escué Zapata vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, N° 165.

Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Sere C, N° 109.

Caso Gutiérrez Soler vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, N° 132.

Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, N° 148.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, N° 140.

Caso Baldeón García vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, N° 147.

La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6.

El debido proceso como garantía individual, titularidad y finalidad en nuestros tiempos

Armando A. Fuentes Rodríguez

Sumario: I. Origen del Debido Proceso Penal II. Origen del Debido Proceso Penal III. Concepto IV. Contenido de la garantía V. Finalidad del Debido Proceso VI. El debido proceso penal panameño VII. Titularidad y legitimación VIII. Debido proceso y recurso de casación penal. IX. El Debido Proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos X. Debido Proceso, Positivismo y Argumentación XI. Conclusiones Bibliografía

1. Origen del Debido Proceso Penal

La carta magna de Inglaterra de 1215, es el instrumento que se tiene como antecedente del debido proceso, en dicha norma suprema se establecía en el numeral 39:

> "Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país"

Por otra parte, el Código de Magnus Erikson de Suecia estableció en 1350 que:

> El Rey debe jurar (…) ser leal y justo con sus ciudadanos, de manera que no se prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal

> sin un proceso judicial en debida forma, como lo prescriben el derecho y la justicia del país, y que tampoco prive a nadie de sus bienes si no es conforme a derecho y por un proceso legal.

Ya en Estados Unidos, "La declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 puso la primera piedra al debido proceso en América: "Todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, y pedir pruebas a su favor, a ser juzgado rápidamente por un juzgado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley o por el juicio de sus iguales".[1]

El "due process of law" como se le conoce en el derecho anglosajón se introdujo en la V enmienda a modo de garantías de los ciudadanos frente al poder del gobierno federal.

> "A ninguna persona podrá obligarse a testificar contra sí misma en una causa penal, ni se le privara de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación".

También volvió a emplearse en la XIV enmienda, vigente desde 1868, para garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder de los estados; estableciendo que:

> "Ningún estado podrá expedir o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados unidos, ningún estado también podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la propiedad; sin el debido proceso de ley, ni podrá negar-

1 CUEVA CARRION, Luis. Debido Proceso. Pág.69

> le a una persona sujeta a su jurisdicción la protección de las leyes en condiciones de igualdad"

Es claro que la necesidad de establecer el debido proceso penal como una garantía a favor del ciudadano que pudiese en cualquier caso ser privado de su libertad en virtud de alguna acusación criminal, obedecía a la posibilidad de que el Rey o en el Estado profiriera ciertos abusos o excesos contra la libertad personal como castigo arbitrario.

2. Concepto

Para Javier LLobeth Rodríguez "se trata en definitiva de un principio que está relacionado también con el de Estado de Derecho, en cuanto se garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, de modo que no pueden ser condenados sino es conforme a una serie de normas que garanticen en definitiva el respeto a su dignidad humana, especialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa, lo mismo que la imparcialidad del juzgador.

Añade el autor que "el principio del debido proceso no está relacionado solamente con el principio de Estado de Derecho, sino también con el Estado Social de Derecho, lo que lleva a la necesidad del Estado de proveer de una defensa técnica a los imputados que no puedan pagarla…"[2]

Se trata pues de una garantía que lo que hace es dotar el sistema de justicia penal de una seguridad jurídica que le permita a la persona imputada obtener del órgano jurisdiccional una decisión justa y sin arbitrariedades.

La violación del derecho al debido proceso no solo puede predicarse del incumplimiento de una determinada regla procesal; también ocurre por virtud de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue concebida. Así en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las

2 LLOBETH RODRIGUEZ, Javier. Derecho Procesal Penal, II. Gaarantías Procesales. Editorial Jurídica Continental, San José. 2005. Págs. 132-133

formas procesales, como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rigen deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia.[3]

3. Contenido de la garantía

Toda persona tiene derecho a un proceso, a que se juzgue de conformidad con el trámite legal para ese tipo de proceso, nos referimos a que en el proceso penal hay diferentes formas procesales (con jurados de conciencia, el tipo, el directo).

Para el constitucionalista panameño Edgardo Molino Mola el debido proceso comprende la competencia, que no se juzgue por tribunales ad-hoc o ex post facto, juicio previo, trámite legales o sumisión a la ley, que no se juzgue más de una vez por la misma causa, acceso a la jurisdicción.

Para Vázquez Rossi,[4] el debido proceso comprende A) Faz procesal: 1) Ley anterior, 2) Juez Natural; 3) Oportunidad de defensa; 4) Cumplimiento de formalidades de notificación y audiencias, 5) Careos del imputado con los testigos de cargo; 6) Posibilidad de presentar pruebas de descargo; 7) Prohibiciones de: a) Doble Juzgamiento por la misma causa; b) Declarar contra sí mismo; c) Coacciones indebidas; B)Faz sustantiva: 1) Aplicación a lo largo del proceso de patrones de justicia axiológica y objetivamente válidos; 2) Garantía genérica de libertad y seguridad; y 3) Racionabilidad y fundamentación de las resoluciones conforme a derecho.

Mientras tanto Bertolino señala que son propias del debido proceso penal las garantías de: "a) juez natural; b) estado de inocencia; c) publicidad del proceso; d) defensa integral; e)

3 MORENO RIVERA, Luis Gustavo. La Casación Penal. Teoría y práctica bajo la nueva orientación constitucional. 2013, p. 131

4 VAZQUEZ ROSSI, 1978, pág. 79

comunicación de la acusación; f) derecho al silencia; g) derecho a recurrir; h) garantía del non bis in ídem".[5]

Consideramos que sea cual sea el contenido que se le quiera agregar a la garantía del debido proceso, lo cierto es que siempre será abarcador y siempre tiende a dar seguridad jurídica del juzgamiento sobre la persona acusada.

4. Finalidad del Debido Proceso

El debido proceso penal tiene como principal finalidad materializar la llamada tutela jurisdiccional efectiva a través de una serie de garantías que se realizan dentro de un conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas con el objetivo de que los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.[6]

Hay dos expectativas que la garantía del debido proceso pretende satisfacer: a) La del sujeto que tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso y, b) La sociedad tiene interés en que el proceso sea realizado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

Ambas perspectivas tienen realmente a dotar el sistema de seguridad jurídica que como resultado debería traducirle en un proceso cada vez más apegado a la justicia. De nada le serviría al justiciable acceder al órgano jurisdiccional si el proceso no se va a decidir conforme a los supuestos que garanticen alcanzar la tutela efectiva de sus derechos.

5 BERTOLINO, Pedro. 2003, pág. 55

6 «¿Qué es el Debido Proceso Penal?». *Apuntes Jurídicos*. Consultado el 30 de noviembre de 2016.

5. El Debido Proceso Penal panameño

5.1 En la Constitución

El debido proceso es un avance de la humanidad y por ende es una garantía recogida a nivel constitucional.

En Panamá es el artículo 32 de la Constitución Política la que regula la garantía del debido proceso penal en el siguiente sentido:

> "Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

Este artículo constitucional fue reformado en el año 2004, que modificó las causas administrativas entre las que no se puede juzgar más de una vez, no obstante su esencia es la misma que en sus orígenes, nadie será juzgado sino conforme a los trámites legales y con todas las garantías.

En fallo del 20 de febrero de 1984, la Corte señaló que el debido proceso abarcaba cuatro aspectos:

1. Derecho a la jurisdicción: derecho de toda persona de acudir a tribunales a que se le satisfaga su pretensión o se le juzgue.
2. El conocimiento de los cargos que se hacen en su contra, esto sería el derecho a saber de qué se le acusa, porqué se le acusa y las normas penales que se dicen que él ha infringido, las sustantivas.
3. Sustanciación del proceso, ante un Juez Competente: esto abarca el Juez natural, nadie puede ser juzgado por comisiones especiales para ese hecho delictivo.
4. Observación de un procedimiento establecido en la ley que asegure el derecho de defensa igualdad de las partes y contradicción principalmente de contradicción de las pruebas.[7]

7 Ver: FUENTES RODRIGUEZ, Armando. Derecho Procesal Penal Panameño: del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio. Panamá 2016. Pág. 131.

5.2 EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El debido proceso penal está consagrado como garantía en el artículo 3 del Código Procesal Penal que señala que en el proceso se observan los principios del debido proceso.

El artículo 2 de ese mismo código señala que nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la Constitución Política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y el Código.

Según la norma citada, todo habitante del territorio de la República tiene libre derecho a acceder a los jueces y tribunales en las formas, los plazos y las condiciones determinadas en este Código.

La normativa procesal penal se ha ocupado lógicamente de hacer efectiva este mandato en el sentido de sancionar con nulidad aquellos actos que violen el debido proceso penal a fin de que la norma que lo reconoce no sea meramente programática. La nulidad puede ser absoluta caso en el cual la actuación viciada ha de ser insubsanable porque no permite el pleno goce de los derechos garantizados en la ley, en la constitución o en los convenios internacionales.

En ese sentido el artículo 198 indica que:

> "Son anulables las actuaciones o diligencias judiciales con vicios en el proceso que ocasionen perjuicio a cualquier interviniente, únicamente saneables con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas o trámites procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento…"

5.3 EN EL CÓDIGO PENAL

Curiosamente esta garantía procesal esta también integrada en un cuerpo normativo de tipo sustantivo. El Código Penal

también protege al imputado o acusado de posibles violaciones al debido proceso penal:

> "Artículo 10. La imposición de una sanción penal corresponderá exclusivamente a los tribunales competentes, mediante proceso legal previo, efectuado según las formalidades constitucionales y legales vigentes. Ninguna sanción penal podrá ser impartida por una jurisdicción extraordinaria o creada ad hoc con posterioridad a un hecho punible, ni en violación de las formas propias del juicio."

Obsérvese entonces que el debido proceso es una garantía incluso consagrada en el código penal y en términos generales en casi todos los principales instrumentos que se utilizan en la aplicación del proceso penal acusatorio faltando en esta parte su regulación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos que veremos más adelante.

Para hacer efectiva esta garantía del individuo procesado el Código Penal estableció en el artículo siguiente la sanción en la que se incurre cuando se rompe el debido proceso, a saber:

> "Artículo 11. Los procesos que se sigan en contravención a lo dispuesto en los dos artículos anteriores son nulos, y quienes hayan actuado en ellos como jueces o funcionarios de instrucción serán responsables en todo caso, civil y criminalmente, por los daños o perjuicios que resultaran del proceso ilegal."

Este artículo se refiere a las nulidades que regula el artículo 198 del Código Procesal Penal que transcribimos anteriormente, sin embargo va más allá de la sanción procesal que significa la nulidad y básicamente establece que también hay una sanción para el funcionario que incurra en falta al debido proceso, la cual puede ser civil o penal incluso.

6. Titularidad y legitimación

El Estado tiene la potestad de sancionar a los infractores de la ley, por ejemplo, en el proceso penal; pero, tiene que brindar-

se al imputado un proceso en el cual se respeten las garantías constitucionales, esto es lo que permite calificar a un proceso como justo o debido.

Basta leer el artículo 32 de nuestra Constitución para evidenciar la titularidad del debido proceso en el proceso penal:

> "Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

En materia penal se juzga al procesado o imputado y contra él va dirigida la persecución penal, por ende sería el único titular de la garantía del debido proceso.

La posición que planteo en este apartado tal vez se preste para realizar algún tipo de comentario, ya que hoy en día se ha entendido en nuestro medio que el debido proceso penal es una garantía también de la víctima y del fiscal, situación que ha generado algunos problemas sobre todo con el recurso de casación como veremos más adelante. Aclaro que este planteamiento no quiere decir que la víctima y el fiscal no tengan derecho a un debido trámite legal que también es una garantía.

Para afirmar que el titular del debido proceso penal es el imputado, consideramos el sentido literal de la norma constitucional que lo regula que se refiere a la persona que es juzgada, es decir, al inculpado, pero además cuando estudiamos los orígenes del debido proceso nos percatamos que desde que nació como garantía siempre fue para proteger al imputado frente a las arbitrariedades del Rey en la Inglaterra de aquella época, más adelante cuando pasó a los Estados Unidos de igual forma fue instituido como una garantía a favor de la persona acusada conocida como "due process of law".

Luego de tantos cambios en los modelos de Estado que siguió el ser humano se mantuvo la garantía del debido proceso como una garantía de la persona a quien se pudiese encarcelar por la comisión de algún acto delictivo.

Posterior a la segunda gran guerra el mundo experimentó una serie de cambios en cuanto al respeto de las garantías individuales, se promulgaron declaraciones de derechos huma-

nos y se suscribieron sendos convenios en ese mismo sentido, pero además, se hicieron cambios a nivel de las constituciones de cada Estado, reconociéndose entonces lo que se conoce como derechos y garantías fundamentales.

Si observamos ese reconocimiento en nuestra Constitución observamos que recoge la garantía del debido proceso tal y como fue reconocido en el pasado, como una garantía del acusado, y por eso manifiesta que "nadie será juzgado".

En ese orden de pensamiento, luego observamos que la regulación a nivel infraconstitucional también adopta una redacción que indica que la garantía es para la persona imputada, así observamos que el artículo 2 dice que nadie puede ser condenado sin un juicio previo conforme a las normas constitucionales, legales y convencionales, y está claro que el único que puede ser condenado a una pena es la persona acusada de haber cometido un delito.

Por otra parte, el artículo 10 del Código Penal en su parte general cuando se refiere a las garantías también establece que la imposición de una sanción penal corresponderá exclusivamente a los tribunales competentes, mediante proceso legal previo, efectuado según las formalidades constitucionales y legales vigentes, y que ninguna sanción penal podrá ser impartida por una jurisdicción extraordinaria o creada ad hoc con posterioridad a un hecho punible, ni en violación de las formas propias del juicio. Claramente se trata de la imposición de una pena que nuevamente, repetimos, solo puede sufrir el imputado o acusado.

Recientemente, en sentencia de 18 de marzo de 2014, el Pleno de la Corte se refirió al contenido del debido proceso penal haciendo alusión a un análisis previo así:

> "En Sentencia de 13 de septiembre de 1996, el Pleno se ocupó del mismo, en su incidencia desde la perspectiva del proceso penal. En aquella ocasión, la Corte indicó:
>
> (…) a) el derecho a ser juzgado por un tribunal competente y previamente establecido; b) el derecho a que ese juzgamiento se realice conforme

> al trámite legal; y, c) el derecho a que, durante ese juzgamiento, se permita al imputado el ejercicio de todas garantías para su adecuada defensa."

Quiere decir todos estos argumentos que el titular de la garantía del debido proceso es entonces el imputado o acusado lo que no significa que el Fiscal y la Víctima no tengan derecho a un debido trámite legal que tendrá sus particularidades reconocidas a través de otras normas.

Este asunto de la titularidad tiene particular importancia cuando comenzamos a aplicar el derecho procesal penal a los casos concretos, y es que el nuevo recurso de casación plantea una situación que merece atención como veremos a continuación:

7. Debido Proceso y Recurso de Casación

7.1 SEGUNDA CAUSAL "SE HUBIERAN INFRINGIDO LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO."

Al realizar el análisis de las causales que se podían contener en el numeral uno del artículo 181 del Código Procesal Penal, observamos que la violación al debido proceso legal, al parecer, muy bien se pudiera contener en el numeral primero que trata de la infracción de garantías fundamentales. Sin embargo, el legislador decidió establecer como causal individual, y la incluyó en el numeral dos del artículo 181, lo que significa que la protección a la garantía del debido proceso se individualiza de tal manera que nos encontramos ante un supuesto de especial atención.

Cabría preguntarse, si el debido proceso es una garantía fundamental por qué la legislación o la jurisprudencia no la incluye dentro de la causal del numeral primero? En mi opinión, la razón de que la infracción de la garantía del debido proceso sea establecida en un numeral distinto es precisamente para la protección exclusiva del procesado y por ello el único legitimado para utilizar esta causal es el sujeto procesal que ha sido condenado en la sentencia. Con preocupación he observado que se han admitido recursos de casación a los fiscales

fundamentados en la causal segunda, es decir, en la violación del debido proceso sin que ellos tengan esa legitimación para reclamar la infracción de esa causal.

Cuando se ataca la vulneración del debido proceso en casación, corresponde al demandante determinar en cuál de los diferentes eslabones concatenados y subsiguientes que lo estructuran se presentó el irremediable defecto, verbigracia, en la formulación de la imputación, en la formulación de la acusación, en el juicio oral, en alguna de las audiencias de obligatoria realización o en los fallos de instancia. También le corresponde al censor demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias y por eso quien así alega debe indicar con precisión el momento procesal al que han de retrotraerse las actuaciones.[8]

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación mediante sentencia de 21 de diciembre de 2012, al resolver recurso de casación formalizado por la Fiscalía de la Provincia de Coclé contra sentencia absolutoria 9/2012 de 12 de septiembre de 2012 dictada por el Tribunal de Juicio de la Provincia de Coclé, manifestó lo siguiente en cuanto a la causal de infracción de garantía del debido proceso aducida:

> *"[…] igual situación ocurre cuando el tribunal de juicio estableció que el acusado permaneció 45 minutos en casa de los abuelos de A.M.CH.S, puesto que no se escucha en los registros de audio que el testigo haya hecho referencia a ese hecho.*
>
> *Así las cosas, la sala advierte que cualquier información no evacuada en el juicio oral que haya sido incorpora en la sentencia constituye una vulneración a los principios de inmediación, congruencia, oralidad, contradicción e imparcialidad, mismos que a la par de otros no menos importantes conforman el debido proceso legal.*

8 MORENO RIVERA, Luis Gustavo. La Casación Penal. Teoría y práctica bajo la nueva orientación constitucional. 2013, p.135

> *No podemos pasar por alto que el juez debe mantener contacto directo y personal con las partes y las pruebas en oralidad, dejando de lado cualquier medio incorrecto de convicción, tampoco es dable apartase de la obligación de fallar haciendo una correlación entre las pruebas que sustentan la acusación y la sentencia."* Lo subrayado es nuestro.

Observo que en el fallo citado el tribunal de casación so pretexto de cuidar la garantía del debido proceso, lo que se convierte es precisamente en un violador del debido proceso pues como hemos dicho el imputado o juzgado nunca fue el fiscal.

Imagínese que en el presente fallo al sentenciado y previamente juzgado se le dijo que el Estado le violó el debido proceso y como resultado de esa violación de parte del Estado se cometió un error en absolverlo y como consecuencia de ese error ahora le dictan una sentencia condenatoria, hecho que realmente nos parece un contrasentido, cuando la garantía del debido proceso ha sido establecida para protegerlo a él y no para perjudicarlo.

En esta ocasión la sala concedió el recurso de casación en cuanto a la causal de infracción al debido proceso, no obstante consideramos que este pronunciamiento no es del todo acertado pues pareciera que se está confundiendo el recurso de casación cuyo debate es sobre violación de normas sustantivas y **no adjetivas, ya sea de formas procesales establecidas o normas de valoración probatoria ya que esto tendría como resultado invadir la función juzgadora del tribunal de juicio y una violación a la inmediación de la prueba con dicho tribunal, además de la contradicción de las partes.**

Consideró que el caso anotado el recurrente debió optar por el recurso de anulación cuyos numerales 4 y 5 establecen causales de valoración probatoria a saber:

> "Artículo 172. Causales. El recurso de anulación procede contra las sentencias de los Tribunales de Juicio y las dictadas por los Jueces de Garantías y los Jueces Municipales, en los siguientes casos:
>
> 1 ...

> 2 ...
>
> 3 ...
>
> 4. Por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo.
>
> 5. Por error de Derecho en la apreciación de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo."

Efectivamente cuando se estudia el error de hecho en cuanto a la existencia y el error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba encuentra mayor cabida la situación fáctica planteada por el fiscal.

8. El Debido Proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra esta garantía en el artículo 8, sin embargo hay que decir que el artículo 7 regula también un aspecto importante como lo es la libertad personal prohibiendo las detenciones arbitrarias, de la misma forma que el artículo 5 prohíbe la utilización de tortura contra la persona. Veamos el artículo 8:

> "Artículo 8. Garantías Judiciales
>
> 1. 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."

Nótese que esta norma también reconoce la garantía del debido proceso en materia penal solo a favor del acusado cuando refiere "en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra, pues como decíamos esta garantía se

tomó tal cual surgió en el pasado para evitar arbitrariedades en lo penal.

8.1 JURISPRUDENCIA DE CORTE INTERAMERICANA

El derecho en todas sus manifestaciones se ha visto impregnado por el paradigma de los Derechos Humanos. En ese sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado una serie de pronunciamientos que se refieren a la interpretación de los instrumentos que reconocen Derechos Humanos, tal es el caso de la jurisprudencia que sobre el tema ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos como guardiana de la integridad de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

Veamos, por ejemplo, que la corte en Opinión Consultiva CC-9/87 del 6 de octubre de 1987, marcaba algunas pautas acerca del debido proceso:

> "27. El artículo 8 de la Convención en su párrafo 1 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.
>
> Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención " Garantías Judiciales ", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

> 28. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.
>
> 29. El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.

Más adelante la Corte Interamericana en 1999 emite otra opinión consultiva en la que se pronuncia sobre lo que conlleva el debido proceso. Se trata de la opinión consultiva OC-16-99, veamos:

> *"116. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho al debido proceso legal (artículo 14) derivado de "la dignidad inherente a la persona humana"83. Esa norma señala diversas garantías aplicables a "toda persona acusada de un delito", y en tal sentido coincide con los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*
>
> *117. En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es* útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, *la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas 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. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

118. En este orden de consideraciones, 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, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso

> legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.
>
> 120. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal."

Salta a la vista la preocupación de la Corte en el sentido de equilibrar las desigualdades que puede generar un proceso en contra de una persona. Es evidente que es la persona imputada la que sufre en carne propia la persecución penal, está sujeto a medidas cautelares personales que le pueden incluso limitar la libertad personal, por otro lado es quien está sujeto a una eventual condena o pena de prisión y en tales circunstancia se coloca en una situación de desventaja con respecto al aparato represivo del Estado.

Precisamente son las garantías las que hacen posible ese equilibrio entre las partes necesario para que se desate correctamente el proceso penal. Cabe advertir que la corte se refiere en este pronunciamiento al derecho al debido proceso penal del justiciable y más adelante utiliza la palabra inculpado, y finalmente complementa el carácter evolutivo del proceso como medio de solución justa de conflictos con aquellos derechos como el de no autoincriminación, defensa técnica, asistencia consular entre otros que les atañen al imputado.

9. Debido Proceso, Positivismo y Argumentación

Quiero culminar esta pequeña conferencia haciendo un análisis breve sobre el debido proceso a la luz de los paradigmas de interpretación del derecho, concretamente positivismo ju-

rídico y argumentación jurídica, el primero bastante arraigado en la mente de nuestros operadores de justicia que además reemplazó al ius naturalismo y el segundo que hasta ahora va tomando un auge importante.

El positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico, cuya principal tesis es la separación conceptual de moral y derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos. Le da igual lo justo o injusto de la aplicación de una norma: el jurista simplemente se limita a acatar lo dictado por ella misma.

Plantea que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es, exclusivamente, el derecho positivo, y que éste tiene, en su origen y desarrollo, una relación directa con determinados fenómenos sociales.

En un sistema normativo como el nuestro, fuertemente marcado por el positivismo jurídico, la Ley se convierte en la fuente de Derecho Procesal por excelencia, pues los aplicadores de la justicia buscan casi por procedimiento automático en ella, la fundamentación de su decisión, pues están formados y formateados en el famoso principio de legalidad.

No obstante, el paradigma del derecho actual permite advertir que el principio de legalidad no es una garantía por sí sola por cuanto requiere el establecimiento de límites a la ley penal. En consecuencia, el principio de legalidad tiene validez y eficacia siempre que se encuentre conforme a los postulados que reconocen los derechos Fundamentales.

Ese paradigma es el paradigma de los derechos fundamentales de que habla ALEXY y que se interpreta en mejor medida a través de los postulados de la argumentación jurídica como nuevo paradigma de interpretación de las normas legales.

Argumentar significa dar razones a favor de algo, por lo tanto la argumentación jurídica se refiere a aquella que tiene que ver con las normas, en ese sentido esta tesis puede ser utilizada al momento de decidir el caso concreto pues la sentencia tiene un carácter normativo al ordenar o prohibir determinadas acciones. La argumentación tiene como finalidad convencer a quienes va destinada la decisión, por eso guar-

da relación entonces con el sistema de justificación u orientación filosófica del ordenamiento jurídico, es decir, implica un razonamiento jurídico.

Ricardo Luis Lorenzetti señala las principales características e implicaciones de la argumentación como tesis:

- El Derecho es una ciencia de problemas y no meramente especulativa.
- La tarea del juez es el ejercicio de la prudencia y no la especulación.
- La prudencia se basa en el razonamiento argumentativo.
- Argumentar es convencer a un auditorio imaginario, es decir, a quienes va destinada la decisión.
- La argumentación se basa en la experiencia previa acumulada (tópicos), o en la capacidad del argumento para persuadir a un auditorio universal, utilizado como modelo.[9]

Ese razonamiento jurídico palpable cuando de argumenta para resolver un conflicto, es el que permite que la interpretación de las normas, en este caso, de aquella que regula la garantía del debido proceso para el imputado, se haga desde un enfoque más realista y apegado a la justicia.

No es cierto que las reglas como manifestación del principio de legalidad, regulan la situación para la que fueron creadas de forma completa porque cada hecho tiene su particularidad. Es así como entra en escena la argumentación jurídica como método más adecuado para desatar la controversia que puede surgir al momento de aplicar la garantía del debido proceso que en ocasiones puede generar problemas complejos donde entran en juego derechos fundamentales.

9 Ver: FUENTES RODRIGUEZ, Armando. Derecho Procesal Penal Panameño: del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio. Panamá 2016. Pág. 553

10. Conclusiones

1. El debido proceso como garantía consignada en la ley se entendió siempre desde la perspectiva de un derecho de la persona acusada o imputada precisamente para evitar arbitrariedades o abusos de parte de quienes detentaban el poder y tenían en sus manos la persecución penal.
2. Desde el punto de la evolución de la garantía estudiada se observa que no ha variado mucho la redacción de los derechos que integran el debido proceso y su titularidad observándose que se alude siempre a la persona juzgada, imputada, acusada, justiciable o posible condenado.
3. En la nueva casación penal panameña se establece una casual de violación a la garantía del debido proceso que es exclusiva del imputado por la propia estructura de la norma que regula el recurso y porque cuando se interpreta el sentido de esta garantía se observa que tanto histórica como literal y sistemáticamente es un derecho del imputado.
4. Que el hecho de que el imputado sea titular de la garantía del debido proceso no significa que la víctima o el fiscal queden en desventaja pues de lo que se trata realmente es de crear un equilibrio entre partes que se encuentran en circunstancias distintas, ya que por un lado estos sujetos procesales tienen a su alcance el aparato represivo estatal para perseguir al acusado y por el otro la persona imputada tiene la garantía del debido proceso para evitar abusos dentro de tal persecución.
5. Hoy el debido proceso es una garantía fundamental que para mayor protección del imputado está consagrada en casi todos los instrumentos que se aplican o regulan el proceso penal, así se tiene la Constitución, el Código Procesal Penal, el Código Penal, y los instrumentos internaciones incluyendo la Convención Americana de los Derechos humanos.
6. La Argumentación Jurídica se presenta como el instrumento que tiene el proceso penal para acercar más la Ley a los parámetros de la justicia que demanda la sociedad en su búsqueda por el mantenimiento de la cultura de paz. Es por esta razón que el principio de legalidad debe ser pensado desde

una perspectiva que se ajuste a los cánones constitucionales que se refieren a derechos y garantías fundamentales

Bibliografía

Libros

CUEVA CARRION, Luis. Debido Proceso.

DE LA RUA, Fernando. La Casación Penal, el recurso de casación penal en el nuevo código procesal penal de la nación. Argentina, 1994.

FUENTES RODRIGUEZ, Armando. Derecho Procesal Penal Panameño: del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio. Panamá 2016.

LLOBETH RODRIGUEZ, Javier. Derecho Procesal Penal, II. Garantías Procesales. Editorial Jurídica Continental, San José. 2005.

MORENO RIVERA, Luis Gustavo. La Casación Penal. Teoría y práctica bajo la nueva orientación constitucional. 2013.

PABON GOMEZ, Germán. De la Casación Penal en el sistema acusatorio. Universidad de Los Andes. Colombia. 2011.

Códigos y Convenciones

Constitución Política de la República de Panamá

Código Procesal Penal de Panamá

Código Penal de Panamá

Convención Americana de Derechos Humanos

Las garantías constitucionales y convencionales aplicadas al proceso

"La aplicación de la normativa internacional de protección a las víctimas y la improcedencia de la conciliación en los delitos relacionados con violencia de género: un análisis crítico de la práctica judicial en Costa Rica."

Iris Valverde Usaga

Sumario. I. La vigencia de las garantías del Derecho Internacional en relación con las víctimas de violencia de género. II. Violencia doméstica y violencia de género. III. La conciliación a la luz del deber de protección a las víctimas de violencia de género en los instrumentos internacionales. IV. Aplicación de la conciliación en delitos relacionados con violencia doméstica contra la mujer desde una perspectiva de género. Análisis crítico. V. Conclusiones.

I. La vigencia de las garantías del Derecho Internacional en relación con las víctimas de violencia de género

En los últimos años hemos experimentado la creciente presencia en la vida social, política y jurídica de las naciones latinoamericanas, de los instrumentos internacionales suscritos por nuestros países. En algún momento fueron visualizados como meros cuerpos orientadores y programáticos, sin embargo ya el Código Procesal Penal costarricense que nos rige desde el año 1998 había proclamado la obligatoriedad de los mismos, en varias de sus normas. Así por ejemplo el artículo 12 que recoge el principio de inviolabilidad de la defensa dispone en su último párrafo: "*Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado co-*

nozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley". Y al regularse la actividad procesal defectuosa, se estableció en el artículo 175: "*No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales*". En acato a disposiciones como estas, de forma cada vez más extendida los tribunales nacionales han incorporado el control de convencionalidad en sus decisiones. Sin embargo, esta práctica se ha dirigido prioritariamente a asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías previstos a favor del imputado en la normativa internacional, dejando de lado las reglas establecidas a favor de las víctimas.

Los tribunales de justicia están sujetos a la Constitución Política y a la ley, por lo que se encuentran obligados a acatar las normas del ordenamiento jurídico interno. Al mismo tiempo, las convenciones y tratados internacionales, una vez ratificados por la Asamblea Legislativa, tienen jerarquía superior a la ley, por disposición expresa del artículo 7 de la Carta Magna.[1] La Sala de Casación Penal de Costa Rica se ha pronunciado al respecto en diversos votos, ampliamente difundidos. Citamos al efecto la Resolución 2013-01082 en que se expone: "*Sobre el control de convencionalidad que debemos hacer todos los jueces, la Sala de Casación Penal ha reconocido la necesidad de tomar en cuenta los lineamientos que ha dado en su jurisprudencia la Corte IDH. (…). 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 IDH (Sentencia) 26 de septiembre de 2006, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párr. 124*. (Sala Tercera de la

1 El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone en su primer párrafo: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes."

Corte Suprema de Justicia, Res. 2013-01082 de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del 23 de agosto del 2013). Dado que las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen rango superior a la ley, según lo estipula el artículo 7 constitucional ya mencionado, los instrumentos que consagran los derechos humanos de las mujeres tienen la misma fuerza normativa y de garantía que la Constitución misma, lo que en la práctica determina que en cuanto concedan más derechos que la Constitución, priman por sobre ésta, como lo ha comprendido la jurisprudencia de la Sala Constitucional (cfr. votos 2313-95, 1319-97, 4356-98 y 6830-98). Lo anterior es conforme con lo que establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Costa Rica mediante Ley Número 7615 publicada el 29 de agosto de 1996 y vigente desde entonces, en el sentido de que un Estado no puede alegar las normas de su ordenamiento jurídico interno para dejar de aplicar un instrumento internacional.[2]

Cuando se habla de la violencia doméstica contra la mujer estamos planteando un tema de derechos humanos. Desde el año 1993 en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena se declaró que la violencia contra las mujeres es una cuestión de derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de prevenir, erradicar y dar las respuestas adecuadas a las víctimas de esta violencia.[3] Más adelante, en el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará, 1995- se declaró: *"…la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce*

2 El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señala: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*.

3 Pereira Retana Sandra. *Violencia contra las mujeres en la relación de pareja: Diagnóstico realizado en el Juzgado contra la Violencia Doméstica de Cartago*. Tesis de grado de la Maestría Profesional en Violencia Intrafamiliar y de Género de la Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, 2012.

y ejercicio de tales derechos y libertades".[4] Más aun, la violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja no solo es una violación a sus derechos humanos, sino una de tal gravedad que se ha subrayado el paralelismo que existe entre la tortura y estas agresiones. Así lo consideró en su Informe al Consejo de Derechos Humanos el Relator contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes del año 2008. En este informe se expuso: "*Si bien no hay una lista exhaustiva de las formas de violencia que puedan constituir tortura o trato cruel inhumano o degradante -sí cabría incluir entre ellas distintos tipos de las denominadas prácticas tradicionales (como la violencia por la dote, la quema de viudas, etc.), la violencia en nombre del honor, la violencia y el acoso sexuales y las prácticas análogas a la esclavitud, a menudo de índole sexual-, el Relator Especial quisiera destacar tres: la violencia doméstica (en forma de violencia dentro de la pareja), la mutilación genital femenina y la trata de personas. El Relator Especial quiere destacar estas formas de violencia por tres motivos: en primer lugar, están muy difundidas y cada año afectan a millones de mujeres en todo el mundo. En segundo lugar, en muchas partes del mundo se siguen trivializando y la comparación entre ellas y la tortura "clásica" permitirá sensibilizar al grado de atrocidad al que pueden llegar. En tercer lugar, decir que estas formas de violencia pueden constituir torturas si los Estados no actúan con diligencia, es un ejemplo de paralelo entre la tortura y otras formas de violencia contra la mujer*".[5] Al referirse específicamente a la violencia desplegada por el hombre dentro de las relaciones de pareja, agregó el relator especial: "*Lo mismo que con las mujeres detenidas a las que se tortura, puede ocurrir que se golpee a la esposa, con la mano o con objetos, o que se le den de patadas, o que se la estrangule, apuñale o queme. A la violación y otras formas de abuso sexual recurren la pareja, o los guardias de prisiones y agentes de la policía. En ambas situaciones, la violencia física suele ir acompañada de in-*

4 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará). Ley 7499 de 24/04/1995.

5 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008. Punto 44. En http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/HRC/7/3/Add.4

jurias, de distintas humillaciones y de amenazas de muerte o de daño a la víctima o a sus familiares (a menudo los hijos). En la violencia doméstica, como en la tortura, se suele dar una escalada que a veces resulta en la muerte o en la mutilación de las mujeres o en su desfiguración permanente. Las mujeres con las que se emplea esa violencia, ya sea en el hogar o en la cárcel, padecen de depresión, ansiedad o pérdida de la autoestima y se sienten aisladas. En realidad, la mujer maltratada puede padecer los mismos síntomas intensos propios del estrés postraumático, según se observa en las víctimas de tortura oficial y en las víctimas de violación. Otro paralelo entre el maltrato en privado de la mujer y la tortura, que remite al elemento de impotencia, es la intención de mantener a la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, con lo que se trata de someter a la persona y de despojarla de su capacidad de resistencia y autonomía, con el objetivo último de dominarla totalmente".[6]

Efectivamente, los efectos físicos –que muchas veces conducen a la muerte de la víctima- y psicológicos de la violencia doméstica reiterada contra la mujer son asimilables a las secuelas de la tortura. En tanto no se tome conciencia del grave daño que infligen estas conductas no estaremos en capacidad de aplicar las normas que contribuirán decisivamente a superar el estado de cosas actual. Los Estados tienen un deber de debida diligencia para proteger a las personas que están bajo su jurisdicción y sean sometidas a tortura y tratos crueles, ya sea por parte de funcionarios públicos como de particulares. Si bien el mandato del artículo 40 constitucional que reza: "*Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.*", ha sido entendido en el contexto de las sanciones a las personas procesadas por delito. En el mismo sentido la Convención de la O.N.U. contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 16) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 6). Mas lo cierto es que son estas declaraciones con valor universal: ninguna persona será sometida a tratos crueles o degradantes, -que son precisamente las notas características de la violencia de género/violencia

6 Ibídem. Punto 45.

doméstica contra la mujer- y los Estados tienen el deber no solo de impedir tales tratamientos, sino también de sancionar a sus autores conforme a la ley. Por otra parte los Estados tienen un deber de debida diligencia, reconocido en la Convención de Belén do Pará, para adoptar sin dilación las medidas necesarias a fin de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer.[7] El Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., en consonancia con lo que se ha venido indicando, ha sostenido que la violencia doméstica contra la mujer puede interpretarse como una violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a malos tratos a tenor del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[8] Como complemento de esta afirmación, el Comité ha mencionado la necesidad de que los Estados aprueben leyes específicas contra la violencia doméstica que tipifiquen como delito la violación conyugal y otras formas de agresión, postura que se inserta dentro del movimiento que tiende a penalizar este tipo de conductas que en otro tiempo eran consideradas normales y propias de la vida privada de las personas.

Las personas que administran justicia están sujetas a este marco supra legal en todas sus decisiones. Ya nadie pone en duda que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional sus jueces están sometidos a éste. Lo que no hemos logrado es hacer efectivo este mandato en todos los ámbitos. El propósito de este análisis es tratar de comprender el alcance que tiene el Derecho convencional dirigido a prevenir y sancionar la violencia de género intrafamiliar y los efectos de su aplicación en Costa Rica, así como evidenciar la necesidad urgente de incorporar la perspectiva de género que aportan estos cuerpos normativos al resolver las solicitudes de conciliación en los delitos relacionados con este tipo de violencia.

7 El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará dispone en sus incisos b, c y d, la obligación del Estado de promulgar las normas penales y adoptar medidas jurídicas necesarias para sancionar la violencia contra la mujer e impedir que el agresor pueda atentar contra la vida e integridad de ésta.

8 Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas, Comentario No. 28 artículo 3, año 2000

II. Violencia doméstica y violencia de género

Partiendo del concepto contenido en el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará, la violencia de género se define como toda agresión basada en el género que cause o pueda causar daño o sufrimiento de cualquier tipo a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado. Se entiende como aquella que sufren las mujeres por su sola condición de tales, y puede consistir en agresión física, sexual, verbal, psicológica o patrimonial. Esta violencia se explica en razón de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, constituyendo uno más de los mecanismos de control y dominio que se han desarrollado en detrimento del género femenino en el marco de la sociedad patriarcal, como se reconoce en la citada convención.[9] La violencia doméstica es una de las manifestaciones de la violencia de género que se caracteriza por darse en el ámbito de las relaciones familiares o de pareja. Es claro que la violencia doméstica no está dirigida exclusivamente contra la mujer, puede ser ejercida por cualquiera de los miembros del núcleo familiar y contra cualquiera de sus integrantes. Pero hay una violencia doméstica que tiene un contenido de violencia de género: aquella que despliega el hombre en perjuicio de la mujer que es o ha sido su compañera sentimental, sea que esté unido a ella por matrimonio, unión de hecho o una "relación análoga de afectividad" (actual o anterior). Este concepto ha sido recogido por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España[10] y alude a relaciones de pareja que no entrañan convivencia, v.gr., el noviazgo. Precisamente en aras de evitar la confusión entre ambas manifestaciones de violencia, la citada ley vino a deslindar el tratamiento a la violencia de género contra la mujer en forma separada de las restantes formas

9 Se afirma en el Preámbulo de la Convención de Belém do Pará: "… *la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*".

10 Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Consejo Superior del Poder Judicial de España, Madrid, 2016.

de violencia doméstica. Lo que resulta importante de destacar es que el reconocimiento a la violencia desplegada en relaciones de pareja que no involucran la convivencia, es esencial, pues también allí se producen con frecuencia actos de agresión que son constitutivos de violencia de género y perpetúan la situación de discriminación y abuso contra las mujeres. De acuerdo con lo estipulado en la Convención de Belém do Pará, quedan comprendidas en la violencia contra la mujer todas las formas de agresión ejercidas tanto en uniones presentes como pasadas,[11] donde la base del maltrato es ese vínculo afectivo que reproduce las relaciones desiguales de poder socialmente imperantes.

Retomando el deber de los jueces de aplicar la normativa convencional, es necesario recalcar que en la interpretación y aplicación de las regulaciones del Derecho interno, tanto sustantivo como adjetivo, debe incorporarse la perspectiva de género con el propósito de lograr de forma efectiva que los instrumentos internacionales cumplan sus fines en la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Los reales alcances de tal perspectiva dependerán de la comprensión que de ella tengan los organismos del Estado y, particularmente, los tribunales de justicia. La Sala de Casación Penal costarricense ha entendido desde hace bastante tiempo la necesidad de ese enfoque de género, como parte del esfuerzo por evitar la victimización secundaria de las mujeres que figuran como ofendidas en los procesos, entre otras razones. Así, se indicó en el voto 2003-585 que las actuaciones que conducen a la *"revictimización"* deben ser desterradas *"…de la práctica judicial, que no puede continuar insensible al drama de las víctimas de violencia. El artículo 7 inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará, ratificada y aprobada por Costa Rica en la ley 7499 del 22 de junio de 1995, establece que es obligación de los Estados partes "tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y el inciso f) del mismo artículo señala*

11 Artículo 2 inciso a) de la Convención Belém do Pará.

"establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a la violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos", de modo tal que si bien son declaraciones programáticas que vinculan a los Estados suscriptores a concretar esas políticas, también son una declaración de principios que debe impregnar el quehacer de los aparatos públicos involucrados y muy especialmente, al sector de administración de justicia, de modo que tengan vocación para tratar de darle el manejo más adecuado a la problemática, con el instrumental y los recursos de que se disponga, mientras éstos no sean mejorados por el legislador". (Sala Tercera, **Res: 2003-00585** de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 11 de julio de 2003). Pero no es menos cierto que el juez o jueza, como miembro de una sociedad en la que persisten estructuras de pensamiento y de relaciones sociales en las que prevalece dominio del hombre frente a la subordinación y discriminación contra la mujer, ha sido alimentado ideológicamente por esta cultura. De allí que la violencia de género se ha hecho visible en las decisiones judiciales a lo largo de un arduo proceso más bien reciente, bajo el influjo de las normas que tutelan los derechos humanos de las mujeres, las que en un primer momento han enfrentado resistencia no solo de sus destinatarios sino de los mismos juzgadores llamados a aplicarlas, lo que deriva en la impunidad de los autores de delitos relacionados con violencia doméstica. La cultura patriarcal impone su visión de la realidad a los aplicadores del Derecho, como apunta claramente el Tribunal de Familia de San José al señalar: "*Al existir los fenómenos de invisibilización y de naturalización por parte de la cultura, y siendo los juzgadores de alguna manera socializados dentro de esos parámetros culturales que se pretenden modificar, lo cierto es que en estos temas ha de tenerse mucho cuidado de no perpetuar precisamente lo que se pretende cambiar. Es decir, el juez contra la violencia doméstica ha de tener la capacidad de posicionarse sólidamente en un sitio que le permita hacer la ruptura con los patrones culturales que tienden a la invisibilización y naturalización de los fenómenos de la violencia doméstica. La tarea desde luego que no es fácil, pues como hemos dicho, la cultura que se pretende cambiar probablemente es la que hoy nos ha socializado.*" (Voto 834-06 del Tribunal de Familia de San José de las diez horas cincuenta minutos del 13 de junio del 2006).

III. La conciliación a la luz del deber de protección a las víctimas de violencia de género en los instrumentos internacionales

Nuestra tesis es que la perspectiva de género debe ser incorporada en todos los casos al valorar las solicitudes de conciliación que se plantean en los procesos por delitos contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Por la naturaleza de la violencia doméstica es frecuente la retractación, pasividad o falta de colaboración de las víctimas a lo largo del proceso, aun en los casos en que inicialmente tomaron la decisión de denunciar los hechos. Así se reconoce en el Protocolo Regional para la investigación con perspectiva de género de los delitos contra las mujeres, suscrito por los Ministerios Públicos de Iberoamérica, en el que se insta a investigar estos delitos acuciosamente y se recomienda: "*Actuar con la diligencia debida desde el inicio de la investigación/recepción de la denuncia para recabar el mayor número de evidencias del hecho criminal, recurriendo a los medios de prueba previstos en los códigos procesales penales nacionales y cualquier otro medio de prueba que responda al principio de prueba ampliatoria sea testimonial, documental o pericial, de modo que la investigación no se centre de forma exclusiva o primordial en el testimonio de la víctima. Se pretende luchar contra la impunidad frecuente en este tipo de delitos, derivada de la retractación o ausencia de las víctimas en el procedimiento, ya sea por la dependencia emocional o económica respecto al agresor, por las presiones que reciben de su pareja, familia o terceras personas o por las dificultades de acceso a las instituciones encargadas de la protección de las víctimas*".[12]

La actitud de retractación o desistimiento de las acciones judiciales emprendidas es, efectivamente, muy frecuente en las víctimas de violencia de género, como demuestran las reglas de la experiencia. Tal actitud es producto del sentimiento de invalidez o desesperanza en las víctimas, lo que ha sido

12 Protocolo Regional para la investigación con perspectiva de género de los delitos contra las mujeres cometidos en el ámbito intrafamiliar, Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, Punto 1.5.d.

analizada por los expertos en la materia.[13] Se da el fenómeno de que las personas afectadas no intentan dejar la situación de maltrato incluso cuando puede parecer a un observador externo al conflicto que es posible escapar, o bien, que habiendo intentado buscar ayuda, desistan luego de ese propósito, porque no logran sentirse seguras, creen que nada de lo que ellas o cualquier otra persona haga puede alterar sus terribles circunstancias y se perciben por completo impotentes frente al agresor. Se ha señalado que "*…en no pocas ocasiones las mujeres víctimas de violencia desarrollan una incapacidad para valorar el riesgo al que se encuentran expuestas, esto las lleva a solicitar el levantamiento de las medidas o a permitir al agresor incumplir las medidas de protección. Independientemente del nombre que se le dé, las personas aplicadoras de la Ley deben de entender este fenómeno para evitar que ante las manifestaciones y solicitudes expresas de las personas agredidas se eliminen las medidas y se deje sin protección a mujeres que se encuentran en situaciones de riesgo, muchas veces letal*".[14]

La posición de las víctimas que desean conciliar o desistir del proceso tiene que ver con la evolución del ciclo de la violencia, descrito por la psicóloga estadounidense Leonor Walker, el cual presente tres fases: 1) Fase de aumento de la tensión; 2) Incidente agudo de agresión, que es cuando se da la descarga de violencia física y el agresor puede atentar contra la vida de su pareja; 3) Fase de Arrepentimiento y búsqueda del perdón.[15] La existencia del ciclo de violencia doméstica ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional. A manera de ejemplo citamos las siguientes resoluciones: Res: 2010-01416 de la Sala de Casación Penal, a las nueve horas y veinticinco minutos

13 Walker Leonor, en "Temas sobre violencia contra las mujeres. Proyecto de Capacitación dirigido a técnicos del Ministerio de Justicia". ILANUD, San José, s.f. En el mismo sentido Batres Gioconda, Del ultraje a la esperanza, ILANUD, San José, 1997, al analizar la retractación de las víctimas.

14 Pereira Retana Sandra. Op. cit., Página 128.

15 Protocolos para la atención de la violencia sexual y/o doméstica en el Departamento de Medicina Legal. Anexo 4. Biblioteca Digital del Ministerio Público, San José, 2008. En: http:/ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/libros/Víctimas

del 22 de diciembre del 2010; Res: 2013-00068 del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección II, a las catorce horas del 08 de febrero de 2013; Res: 2015-0415 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las ocho horas diez minutos, del 16 de marzo de 2015; Res: 2015-1099 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José a las diez horas veinte minutos del treinta y uno de julio del dos mil quince. En esta última se indicó: "*En un ciclo de violencia, como el que se explicó en el punto (A) de este reclamo, es común que las víctimas crean las promesas de cambio de sus agresores, y se expongan a situaciones de riesgo nuevamente, por eso la responsabilidad del cumplimiento de una orden judicial no recae en la víctima, sino que en el presunto agresor que ha sido claramente apercibido de las restricciones que implican una medida de protección*". Es claro entonces que las solicitudes de conciliación de parte de las víctimas deben ser entendidas como parte de las fases del ciclo de la violencia intrafamiliar. Se observa a la luz de la experiencia que los intentos de aplicar la conciliación o pedir el archivo de la causa se dan en la fase de reconciliación, donde el agresor se muestra arrepentido y le pide a su compañera poner fin a cualquier acción judicial, prometiendo un cambio radical. El Tribunal de Familia de San José puso énfasis en la cautela que deben tener los juzgadores al examinar las solicitudes de quitar las medidas por parte de las víctimas (Tribunal de Familia de San José, Voto 457-2004 de las ocho horas diez minutos del 11 de marzo del 2004).

Los tratados y convenciones internacionales fijan los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta al tramitar los procesos por delitos relacionados con la violencia de género. Nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ratificado por Costa Rica mediante Ley 4229 de 11 de diciembre de 1968; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Costa Rica mediante Ley **6968** de 2 de octubre de 1984; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) incorporada a nuestro ordenamiento mediante Ley 7499 de 2 de mayo de 1995; y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulne-

rabilidad, emitidas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada el 6 de marzo de 2008 y aprobadas en Sesión de Corte Plena el 26 de mayo de ese mismo año.

IV. Aplicación de la conciliación en delitos relacionados con violencia doméstica contra la mujer desde una perspectiva de género. Análisis crítico

Nos hemos centrado en la violencia doméstica dirigida contra las mujeres (violencia de género) en la medida en que haya sido tipificada como delito. En Costa Rica, nos referimos a los ilícitos sancionados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres Número 8589 se promulgó en abril del año 2007 en cumplimiento de las obligaciones que el Estado costarricense asumió al suscribir la Convención de Belém do Pará. Dado que la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer son fuentes de interpretación de dicha Ley por disposición expresa de su artículo 3, los tipos penales en ella establecidos deben ser analizados a la luz de estos instrumentos y demás convenciones que tutelen los derechos humanos de las mujeres. Lo mismo cabe decir en cuanto a la aplicación de posibles medidas alternas (como la conciliación) o penas alternativas en el caso de los delitos tipificados en este cuerpo legal.

De los instrumentos internacionales expuestos en el punto anterior se puede colegir que las mujeres víctimas de violencia gozan en el proceso judicial de lo que puede calificarse como un "estándar especial de protección". Ello es consecuencia del reconocimiento a las particulares condiciones históricas y sociales que determinan su estado de vulnerabilidad, haciendo que resulte necesaria una protección diferenciada y marcada por la sensibilidad a la problemática de género. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "*…la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (…) complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad per-*

sonal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana" (Caso "González y otras Vs. México" (Campo Algodonero), Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de agosto de 2.009, párr. 225). La misma Corte en diferentes pronunciamientos ha incorporado la perspectiva de género (a manera de ilustración, "Caso Inés Fernández Ortega y otros vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2.010), introduciendo destacados elementos de análisis fácticos y jurídicos. Las decisiones adoptadas se destacan por haber valorado, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de estos. En consecuencia, resulta imprescindible analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres, dado que dicha realidad se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La aplicación de una perspectiva de género en los casos donde existe violencia contra la mujer no es una alternativa que tiene el Poder Judicial, o una herramienta más de análisis, sino una obligación que surge del bloque de legalidad y del necesario control de convencionalidad al que están sujetos sus tribunales.

La mayoría de los delitos tipificados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres tienen penas cuyo extremo mínimo es de seis meses de prisión y que no superan los tres años de prisión, salvo en los casos del femicidio (artículo 21), restricción a la libertad de tránsito (artículo 23), restricción a la autodeterminación (artículo 26), los tipos que sancionan las formas de violencia sexual (artículos 29 al 32). Es decir, por el monto de las sanciones previstas en la norma estos delitos en su mayoría permiten la conciliación cuando el acusado no tenga anotaciones vigentes por condenas previas, de acuerdo con los requisitos para la aplicación de este instituto establecidos en el artículo 36 del Código Procesal Penal. No obstante, los tribunales de justicia se limitan a verificar si concurren estas condiciones, sin tomar en cuenta que estamos

ante hechos cuya valoración exige aplicar la perspectiva de género y la normativa convencional de protección de los derechos humanos de las mujeres. Lo anterior puede hacer incurrir al Estado y a los mismos administradores de justicia en grave responsabilidad. Como indicó el Relator Especial sobre la Tortura en el Informe que hemos citado: *"No brindar protección adecuada por parte del Estado y sus agentes constituye violación a las obligaciones contraídas en el Derecho Internacional de los derechos humanos de las mujeres. El Relator Especial considera que los Estados deben responder de complicidad en la violencia contra la mujer cuando promulgan y aplican leyes discriminatorias susceptibles de dejarla atrapada en el maltrato.*[16] Aun existiendo leyes que sancionen la violencia contra la mujer, la falta de eficacia judicial que se traduce en el no juzgamiento de los autores de hechos de agresión contra la mujer tipificados como delito, crea un clima que propicia la violencia doméstica, ya que la sociedad no ve muestras de voluntad en el Estado para adoptar medidas eficaces a fin de sancionar esos actos. Así lo consideró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso Número 12051: *María da Penha vs Brasil* (2001).[17]

En la Conferencia de Estados Parte de la Convención de Belém de Pará, actividad de seguimiento celebrada el 26 de octubre de 2004, se aprobó el "Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" (conocido por sus siglas MESECVI). En el Primer Informe Hemisférico (2011) el Comité de Expertas(os) expresó su preocupación al encontrar que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra la mujer, o bien optaban por la aplicación del principio de oportunidad. En el Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención (2012), el Comité de Expertas formuló recomen-

16 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, op. cit., Punto 46.

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 54/01. Caso 12051 Maria da Penha Maia Fernandez vs Brasil. En www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm

daciones a los miembros suscriptores de la Convención,[18] subrayando que la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y además envían un mensaje permisivo a los autores de los hechos violentos y a la sociedad. Hizo ver que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que hacer estos delitos negociables o transables parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual no ocurre en los casos de violencia intrafamiliar.[19] Además expuso la posición de la Organización Panamericana de la Salud, según la cual este desequilibrio de poderes en los acuerdos de conciliación aumenta el riesgo físico y emocional para las mujeres, ya que los acuerdos no son generalmente cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí, dejando a las víctimas expuestas.[20] La experiencia de quienes juzgamos este tipo de ilícitos es que frecuentemente los autores de violencia doméstica incumplen las medidas de protección, cuando los hechos son conocidos como delito y se someten a medidas alternas también incumplen los acuerdos con mucha frecuencia e incluso algunos casos de femicidio son cometidos por quien ha sido o es el compañero sentimental de la víctima, pese a tener ya medidas cuatelares que le impedían acercarse a ésta. Esta no es una situación propia de nuestro país, sino que corresponde a la dinámica de la violencia de género como problema social y estructural, y al ciclo de violencia que antes se mencionó. En razón de ello, el Comité de Expertas(os) recomendó la promulgación de leyes integrales de violencia que incluyeran la prohibición de la conciliación, mediación u otros medios de solución extrajudicial de la violencia contra las mu-

18 Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención Belém do Pará, MESECVI. Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2012. Punto 1.8

19 Loc. cit.

20 Ibídem, p. 27

jeres, debiendo armonizar los Estados sus normas procesales para cumplir con esta disposición.[21]

En nuestra práctica judicial es evidente que la perspectiva de género sigue siendo una novedad que los tribunales en su diario quehacer no han incorporado. Ello con algunas honrosas excepciones, citamos por ejemplo el Voto 202 -15 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de Guanacaste dictado a las 10:10 horas de 05 de octubre de 2015, en el cual pese a que no se niega la posibilidad de la conciliación en las causas donde se conoce un caso de violencia contra la mujer, señaló: "…s*i bien la conciliación es posible en delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer (artículo 36 del Código Procesal Penal), la labor del tribunal de constatar que las partes estén en igualdad de condiciones para negociar, debe ser rígida, en atención a la misma norma, pero además por la integración de normativa internacional de derechos humanos que resguarda la posición de la mujer respecto de la violencia, específicamente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Para). Sin que esta Cámara prejuzgue sobre el fondo del asunto, la situación de hecho acusada es grave, y existen condiciones que presenta la víctima que acrecientan su vulnerabilidad (migrante, madre, necesidad económica), aspectos que el a quo dejó de valorar, a pesar de lo cual concluyó que la agraviada propició una negociación en "libertad" e "igualdad""*. También es clara la posición que se sostuvo en la Resolución Número 2015-0415 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José de las 08:10 horas de 16 de marzo de 2015, donde igualmente no se niega de manera rotunda la posibilidad de aplicar la conciliación, sin embargo se analizan los aspectos que un correcto enfoque de género obliga a considerar. Es así como se dijo: "*Esta Cámara de Apelación, estima que, si bien es cierto, el párrafo octavo del artículo 36 del Código Procesal Penal, autoriza la homologación de la conciliación en asuntos como el que aquí se conoce, la citada norma también prevé que la autoridad debe verificar que las partes no se encuentren en una situación de desigualdad (…). Se fundamentó, también, que si bien es cierto el numeral 7 del Código Procesal Penal, consagra el principio de la solución del conflic-*

21 Ibídem, p. 28.

to, la norma establece que, en especial, se debe procurar el restablecimiento de los derechos de la víctima, lo cual, en este proceso, no se observa que sea posible, precisamente por esa posición de la agraviada, aunado a que esta, en todas las audiencias del proceso, siempre ha manifestado que el imputado no ha cambiado, porque aunque se compromete a hacerlo, incumple, siendo ella destinataria de graves agresiones físicas y psicológicas como las que están acusadas. Es, con base en todo lo anterior, que la Juzgadora concluyó que la afectada se encuentra, innegablemente, en un *ciclo de violencia doméstica, que evidencia que no está en igualdad de condiciones para conciliar."*. Por su parte, la Sala de Casación Penal realiza un amplio análisis de la cuestión, citando las fuentes que recomiendan la no aprobación de la conciliación en los casos de violencia de género: *"Ciertamente la norma procesal no prohíbe en forma expresa la aplicación de la conciliación* en casos de violencia doméstica, sin embargo, por la naturaleza de este fenómeno y del ciclo de violencia presentes en esta dinámica, se ha de descartar por parte de la persona juzgadora en el caso concreto, la existencia de algún elemento externo que vicie, determine o influya en la voluntad de la víctima, asegurándose que la conformidad con la *conciliación* se de en un plano de igualdad y equidad. Situaciones en las cuales un Juzgado de Violencia Doméstica ha impuesto medidas de protección que luego la persona agresora incumple, y que esas mismas condiciones son ofrecidas, ahora en sede *penal, como propuesta para una conciliación; son circunstancias que deben ser valoradas para determinar la procedencia o no de la conciliación, y si se está ante una situación de desigualdad y en condiciones para negociar. (…). La conciliación* asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. *(…). Igualmente debe recordarse que institucionalmente se han emitido directrices, entre ellas, la circular número 160-2012 aprobada en sesión número 78-12 del 3 de agosto del 2012 del Consejo Superior del Poder Judicial, que contiene las recomendaciones emitidas por la Comisión Interinstitucional para el seguimiento y prevención de la violencia doméstica del Poder Judicial que contiene las recomendaciones de no conciliar en asuntos donde exista violencia doméstica"*. (Sala Tercera, Res: 2013-01437 de las 11:30 horas del 04 de octubre del 2013). Sin embargo otras muchas resoluciones omiten la perspectiva de género y sin analizar las garantías convencio-

nales otorgadas a las mujeres víctimas de agresión por parte de su pareja, optan por avalar la conciliación aun en casos de grave violencia. Tal es el caso de la resolución 2014-0547 del TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de las trece horas cinco minutos del 25 de marzo de 2014, en la cual se desestimó el recurso de apelación del Ministerio Público a pesar de que en la sentencia se indica que en este caso, se aprobó una conciliación que fue propuesta por la defensa y a la cual la representación fiscal se opuso desde el inicio, ante lo cual el tribunal le explicó a la ofendida sus derechos y los alcances del instituto de la conciliación, manifestando ésta que estaba anuente a conciliar, por lo que el tribunal homologó el acuerdo: véase que ni siquiera se respetó lo dispuesto en el numeral 36 del Código Procesal Penal, el cual exige que en este tipo de delitos solo se pueda conocer la propuesta de conciliación cuando es solicitado por la víctima. La propuesta del defensor equivale en realidad a una solicitud planteada directamente por el imputado, quien a tenor de lo que establece el numeral 36 en su párrafo octavo no está legitimado para hacer la propuesta, pues se indica en la noma: "*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 subrayado es suplido). Incluso en este caso la jueza misma fue quien explicó a la ofendida lo que significaba la conciliación para luego preguntarle si daba su anuencia a la propuesta de la defensa, lo cual pone a una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica en una situación muy difícil, máxime si está presente el presunto agresor. No se aplicó ni comprendió la disposición del artículo 36, que pretende evitar la segunda victimización y asegurar que sea por libre voluntad de la ofendida que surja la iniciativa de proponer una medida alterna (ver comentario de Javier Llobet al artículo 36, nota 25).[22] El autor de cita ha señalado, citando el voto de la Sala

22 Llobet, Javier, Proceso Penal Comentado, Editorial Jurídica Continental, 5ta edición, San José, 2014, p. 156.

Tercera número 224-99 de 26 de febrero de 1999: "*El Tribunal no puede asumir un papel activo en la promoción de la conciliación en esta clase de delitos. La mera información del tribunal a las partes de que pueden conciliar constituiría un fomento a la conciliación en contravención a esta norma*".[23]

El error más grave consiste en considerar que únicamente ha de estarse a lo regulado en el artículo 36, párrafo octavo, del Código Procesal Penal, es decir, que si la víctima propone la conciliación y se cumplen los restantes requisitos ello será suficiente para aprobarla. Ello por cuanto es indispensable tener presente lo que esta norma dispone en su sétimo párrafo el numeral 36 del Código Procesal Penal dispone: "*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*". Esta ordenanza es la que debe aplicarse, obligatoriamente, por parte de las y los jueces que conocen las solicitudes de conciliación planteadas por la víctima. Para ello no puede basarse exclusivamente en lo que la persona ofendida manifiesta, pues ello le impediría valorar adecuadamente si existe una condición de vulnerabilidad e inequidad. Debe examinar por fuerza las constancias del proceso y el grado y duración de la violencia a que ha estado sometida la víctima, aun cuando se encuentre el proceso en una etapa temprana, pues basta la probable comisión del delito para que el Tribunal tenga la obligación de examinar la base fáctica de la imputación con el fin de establecer si la ofendida está en igualdad de condiciones para conciliar. Como apunta Llobet: "*El juicio que formula el juez es de probabilidad (motivos fundados), no requiriéndose la certeza al respecto. Se parte de que la conciliación supone un acuerdo de voluntades, lo que excluye los supuestos en que el acuerdo es impuesto por una de las partes, o bien el estado de subordinación en que se encuentra una de ellas impide que pueda llegar a un acuerdo equilibrado.*" [24] Aun cuando los alcances de este estudio no

23 Ibídem

24 Llobet, Javier, op. cit., p. 155.

permiten sustentarlo estadísticamente, la experiencia cotidiana, así como los resultados de una encuesta aplicada a diez personas juzgadoras con motivo de esta ponencia, me permite asegurar que este ejercicio se omite al valorar las solicitudes de conciliación. La totalidad de los encuestados afirmó que ha aprobado solicitudes de conciliación en delitos tipificados en la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, a pesar de que en el cincuenta por ciento de los casos fue la defensa o el propio imputado quien planteó la solicitud. Solo la cuarta parte de los entrevistados indicó que la mayoría de las veces ha rechazado estas solicitudes, lo cual significa que una gran mayoría de los acuerdos son aprobados por los juzgadores, y en cuanto al contenido del convenio, en su gran mayoría la propuesta consistió en compromisos de no acercarse ni agredir a la víctima, es decir, en una reiteración de las medidas de protección existentes, lo que equivale a indicar que los acusados no tuvieron que realizar ningún esfuerzo adicional a lo ya dispuesto por otro tribunal para lograr el sobreseimiento de la causa. Al realizar un estudio en el circuito judicial de Cartago como parte de su trabajo final para obtener la maestría, la jueza Sandra Pereira constató que eran frecuentes en los Juzgados Penales las conciliaciones en los casos de incumplimiento de medidas de protección y señaló: *"En esta materia no se puede conciliar por que la víctima nunca estará en una relación de paridad con su ofensor, y los acuerdos a que se llegan son la imposición de las mismas medidas que se han ordenado en el proceso de violencia doméstica. El imputado siempre irá con su abogado defensor, la víctima generalmente no tiene asesoramiento legal y el fiscal o fiscala no asume su papel de protección, por lo que la persona afectada no va a obtener la satisfacción de sus intereses*." [25] Los datos examinados por la profesional demuestran la ineficacia del sistema penal para aplicar la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres desde una perspectiva de género, acorde con la normativa internacional que nos rige, lo que genera un incremento de la violencia estructural ejercida contra las mujeres, pues ni siquiera las instancias encargadas de hacer justicia están velando por la efectiva aplicación del Derecho In-

25. Pereira Retana Sandra, op. cit. páginas 96-97.

ternacional que las ampara. Ello a su vez promueve la reincidencia del agresor, quien percibe que sus acciones no tendrán consecuencia alguna, así como la victimización secundaria de la persona afectada, que precisamente por las características de la violencia de género a la cual ha estado sometida y la dependencia económica que en la mayoría de los casos existe, es sumamente vulnerable a las presiones y manipulación del agresor, lo cual hace que evidentemente no esté en condiciones de igualdad para negociar, a lo cual nuestros jueces y juezas optan por cerrar los ojos.

Los jueces y juezas están sometidas a la normativa internacional en materia de violencia contra las mujeres, lo que les obliga a resolver de tal forma que los efectos de las disposiciones convencionales no se vean debilitados o anulados por la aplicación de las leyes internas, sino más bien, esas leyes internas sean interpretadas y aplicadas a la luz de aquellas convenciones. Como consecuencia de lo anterior, se debe resolver con perspectiva de género todo asunto que involucre hechos de violencia contra la mujer, valorando el impacto diferenciado que una norma o un instituto legal puede tener en varones y mujeres. El enfoque de género no es simplemente una herramienta de análisis, sino una obligación constitucional y convencional que tienen los y las juzgadoras, para garantizar justicia cumplida en estricta conformidad con la ley a las mujeres que sufren violencia. Aplicando la perspectiva de género, el instituto de la conciliación debe ser replanteado, acentuando lo dispuesto en el artículo 36 del Código Procesal Penal en el sentido de que el Tribunal no podrá aprobar 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. Para establecer tal situación, debe valorarse no solo lo dicho por la víctima, sino los antecedentes probatorios constantes en el proceso. Por otra parte, de ninguna manera se puede permitir que sea otra de las partes procesales, y no la propia ofendida, quien plantea la solicitud de conciliación, ni propiciarse por parte de los jueces en ninguna forma.

El rol de la defensa en la fase de investigación en el Código procesal penal de la República de Panamá

Sergio J. Cuarezma Terán[1]

Sumario: I. Del modelo procesal inquisitorial al acusatorio II. El rol de la defensa en fase de investigación en el Código procesal penal de la República de Panamá: 1. Inicio del proceso penal. 2. Derecho a la defensa 3. La audiencia de imputación y el control judicial. III. Problemas de la reforma 25 años después IV. A manera de conclusión: retos de la Reforma de la justicia penal

I. Del modelo procesal inquisitorial al acusatorio

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

1 www.sergiocuarezma.com

Este trabajo contó con la colaboración de Diego Cuarezma Zapata, Asistente de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua.

transcendencia se produjo en la reforma de carácter procesal penal, no solo por el cambio de sistema o modelo procesal, sino también por la fuente de donde se origina el mismo. La región asume un modelo propio del sistema 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 comparada del Tribunal Constitucional español, "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 publica, 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 in-

quisitivo 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.

II. El rol de la defensa en la fase de investigación en el Código procesal penal de la República de Panamá

El Derecho a la defensa, como expresa el penalista peruano, Luis Miguel Reyna Alfaro, es calificado como uno de los "elementos paradigmáticos del debido proceso penal". En el Código penal procesal panameño este derecho está presente en muchos de sus apartados, sin embargo, lo que interesa para este trabajo es determinar desde cuándo esta garantía convencional (art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y constitucional (art. 22, Constitución Política de Panamá) **debe** de garantizarse, de manera formal y material. Pero antes, pienso, es necesario respondernos a la pregunta ¿cuándo inicia el proceso penal?, para establecer, con claridad, la garantía del derecho a la defensa. Para el Código procesal penal panameño el proceso inicia cuando el fiscal informa al imputado en la audiencia de imputación que será investigador, previa autorización del juez (conocida coloquialmente, como "audiencia de comunicación"), con esto "hay vinculación formal al proceso" (art. 280, tercer párrafo). Todo indica que el proceso penal, según esta norma, inicia formalmente desde el acto de imputación, sin embargo, el proceso penal realmente no inicia desde este acto, sino desde que el fiscal realiza, previa a la audiencia de imputación, *el primer acto de investigación* que luego le permitirá sustentar en la audiencia de imputación la pe-

tición de investigar al imputado. De lo contrario la fase de investigación quedaría peligrosamente fuera de control. Veamos.

1. Inicio del proceso penal

En nuestros países, antes de la reforma de la justicia penal, las garantías procesales en el modelo procesal inquisitorial, no se respetaban en la fase investigativa, ya que esta etapa se excluía del concepto del proceso, y por ello se justificaba o admitía que en ese momento no se aplicaban las garantías constitucionales, especialmente el derecho de defensa. Así pues, el derecho de defensa desde el inicio del proceso, ha sido objeto de distintas interpretaciones, para algunos el derecho de defensa se debe garantizar desde la etapa de la investigación porque la misma es considerada parte del proceso, otros consideraban que el derecho de defensa y el resto de garantías procesales tienen vigencia hasta que la causa formalmente pasa al conocimiento de juez competente (audiencia de imputación), puesto que para este sector la fase de investigación no forma parte del proceso.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Nicaragua, en la Sentencia 20/2009 (de la cual fui ponente) después de una valiosa discusión se pronunció sobre este tema con claridad. Primero, es preciso destacar que la vigencia de las garantías procesales y, particularmente el derecho de defensa, están reconocidos en la norma procesal desde la etapa de investigación, es decir, entran en vigencia a favor de la persona cuando este adquiere la condición de imputado, la cual se adquiere cuando se realiza "el primer acto de persecución en su contra". Para ello, el concepto del proceso, indica la resolución, no debe interpretarse en sentido restringido como actividad jurisdiccional, si no como sinónimo de procedimiento o de persecución penal, por lo que el precepto rige también para la investigación preliminar o previa al proceso en sentido estricto. Así, los actos de investigación no pueden quedar fuera del concepto de proceso, pues los mismos son parte material de este, no solo formal, como lo expresa la norma panameña: "hay vinculación formal al proceso" (art. 280 párrafo tercero).

En este sentido, la sentencia expresa que la investigación está constituida por una serie de actos que formalmente no forman parte del proceso, pero que materialmente le sirven parar determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de elementos de prueba que permiten fundar el ejercicio de la acción penal y la defensa del acusado, siendo esto el cierre formal de la fase preliminar del proceso. Por esta razón es que los actos de investigación ya no son simples actos administrativos, si no, como destaca la sentencia, que por su naturaleza son considerados verdaderos actos procesales, por cuanto la procesalidad de un acto no depende tanto de que se produzca en el proceso ni por quien sea realizado si no por la finalidad o incidencia que el acto tendrá en el proceso.

En consecuencia, los actos de investigación que la policía y el fiscal realizan son parte material del proceso penal aunque éste formalmente no exista todavía, pues aunque el Ministerio Público y la Policía no sean órganos jurisdiccionales, realizan una actividad típicamente procesal con el fin de dar sustento a la actividad requirente que se plantea frente al órgano jurisdiccional (en este caso, la audiencia de imputación), además que estos órganos en su actividad de persecución penal afectan derechos fundamentales de las personas, lo cual permite la intervención (obligada) del juez de garantías a efectos de autorizar o convalidar actos de investigación en esta fase.

El juez precisamente se debe particularmente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados y a una labor de control y vigilancia de la legalidad y objetividad sobre la actividad de la policía y el fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad, a tal punto, que la audiencia de imputación no solo es de mera "comunicación" sino una autentica audiencia de "control" de garantía de la libertad del imputado, ya sea de control formal y control material.

Para la Sala de lo Penal de la CSJ de Nicaragua, debe abandonarse de una vez la idea que la fase de investigación queda fuera del concepto de proceso penal a fin de seguir justificando o admitiendo que en esta etapa se minimizan la garantías procesales del imputado, así mismo no se debe seguir teniendo una visión limitada e inquisitiva de la reforma procesal penal

al seguir creyendo que lo más novedoso y trascendental de la reforma es la fase del juicio oral y público como la etapa central del nuevo sistema procesal penal y que las garantías procesales alcanzan su mayor preponderancia en esta etapa. Este paradigma está lejos de constituir el único cambio estructural importante que importa la reforma procesal, pues el diseño y la lógica de la nueva fase de investigación representa también un cambio radical a la lógica inquisitiva con que estaba diseñada anteriormente, la que se caracterizaba por ser una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada que atentaba contra la eficacia de la investigación, donde se buscaba la prueba de la condena más que los elementos necesarios para decidir si el asunto se llevaba a juicio.

Así, para la Sentencia 20/2009 del máximo tribunal nicaragüense, las garantías del imputado cobran mayor vigencia en esta etapa, en la fase de investigación, de lo contrario sería difícil garantizar un juicio limpio. Las garantías del imputado tienen "…mayor motivo durante la investigación en que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan con mayor intensidad y menos transparencia en esta etapa".

Sostener lo contrario, expresa finalmente la Sentencia 20/2009, "… implicaría una flexibilización de las garantías procesales, en pro del eficientismo estatal en la investigación policial, lo que sería contrario al sistema democrático de derecho, en el que se enmarca la reforma procesal penal. Pues efectivamente en un Estado de Derecho… el proceso es un instrumento del Estado que sirve de protección jurídica para las personas objetos de persecución penal, por tal motivo el cumplimiento de las garantías procesales se constituyen en verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal y en control del ejercicio del poder punitivo del Estado".

2. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa en la legislación procesal panameña inicia desde el primer acto de investigación, o sea, *previa* a la audiencia de imputación. Así, dice el texto procesal, "toda persona tiene derecho a designar a un defensor idóneo de su elec-

ción, desde el primer acto de investigación hasta la culminación del proceso, con quien puede mantener inmediata comunicación de manera libre y privada. Si no lo hace, el Estado le asignará un defensor público. En la misma forma se procederá en los casos de abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor" (art. 10 CPP de Panamá).

Esto significa, a mi juicio, que la defensa debe estar presente en la fase de investigación, antes de la audiencia de imputación. En este sentido, la defensa debe participar en los dos momentos del *objeto* de la fase de investigación a que se refiere el artículo 272 del CPP de Panamá. Primero, procurar junto con los actores que investigan (activamente) la resolución del conflicto si ello resulta posible, y, segundo, estar presente, controlando al policía y al fiscal, en la tarea de establecer si existen fundamentos no solo para investigar o seguir investigando, sino para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad. Esto implica, respeto al segundo punto, que la defensa deberá participar en todos los actos de la investigación que conduzcan a la comprobación y a la identificación de los autores y partícipes en este (art. 273 CPP de Panamá), para que pueda ejercer la defensa del imputado, antes o después de la audiencia de imputación. Recordemos, como advertí arriba, que la presencia de la defensa está determinada por "el primer acto de persecución" en contra de la persona investigada, con o sin autorización judicial, o sea, desde el inicio del proceso penal.

La presencia de la defensa técnica desde el primer acto de investigación permitirá, por medio del control que ejerce, no solo la legitimación de los actos legales de la investigación realizados por la policía y el fiscal, sino que además, permitirá el equilibro en la igualdad de armas entre fiscal y la defensa técnica, y, por ende, prepararse cómodamente para los intereses del imputado en las audiencias ante el juez de garantías en las referidas disposiciones 278 y en la 280, y, por supuesto, a la hora del juicio oral y público. Este es el sentido, y no otro del art. 278, cuando expresa que a las "audiencias de control de la aprehensión, de formulación de la imputación, las que versen sobre la nulidad de solicitud, modificación o rechazo o la

proposición de medidas cautelares personales y las de la etapa intermedia **deberán** comparecer el fiscal, el defensor y el imputado o acusado". Es decir, da por hecho que la defensa está nombrada y ejerciendo su rol desde la fase de investigación, previa además a la audiencia de imputación (art. 280). El rol de la defensa técnica debe ser activo en la fase de investigación, tanto o más como si se tratará del propio juicio oral y público a que se re refiere el Título III, del juicio oral, del Libro Tercero, del procedimiento penal. Ahora bien, aclaro, cuando hablo de que la presencia de la defensa "legitima los actos legales de la investigación realizados por la policía y el fiscal", me refiero a legitimar aquellos actos legales no actos ilegales ni arbitrarios, la sola presencia del abogado defensor obliga a quienes investigan que sus actuaciones sean transparentes y, por tanto, la investigación sea limpia. Pienso que solo así podrá garantizarse la tan proclamada "igualdad de armas" propio del modelo procesal penal acusatorio.

3. La audiencia de imputación y el control judicial

En otro tema, cuando el CPP de Panamá hace referencia en la fase de investigación a las audiencias, sin duda, se está refiriendo al significado que le da el diccionario de la lengua española, *acto de oír a las personas*, no solo a una. Por esta razón, el 278 expresa que en las audiencias, el juez deberá asegurar la presencia del fiscal, el defensor y el imputado o acusado, para oírles, no para oír solo al fiscal o a la defensa o al imputado o acusado, sino para oírlos a todos, sin excluir, pero oírles con base los principios propios del procedimiento de las audiencias del modelo acusatorio, en forma oral, pública, inmediación, contradictoria y concentrada, en el tiempo necesario. Por esta razón, la audiencia de imputación no puede ser considerada como audiencia de mera comunicación. El juez, después de escuchar al fiscal para que comunique oralmente a los investigados que se ha desarrollado y se seguirá desarrollando una investigación en contra de ellos respecto de uno o más delitos determinados, debe escuchar a la defensa técnica y en su caso al imputado, para tomar la decisión, sin perjuicio de las audiencias necesarias para tal efecto. El juez debe valorar los medios probatorios de ambas partes. Esto haría que la au-

diencia fuera una auténtica audiencia de formulación de imputación, y no un mero acto administrativo de comunicación, incompatible con el modelo procesal democrático acusatorio.

Así, la decisión que el juez de garantía tome, no necesariamente será autorizar la investigación, también puede rechazarla, ya sea porque el fiscal no cuenta con suficiente elementos para ser iniciada o bien, lo que se trata de investigar no sea a todas luces un ilícito penal o un hecho de escasa lesión o trascendencia social, conforme a los principios que limitan el ejercicio punitivo del Estado. El juez de garantía es un filtro convencional y constitucional (formal y material), un muro de contención, tiene el deber de valorar la petición del fiscal a la luz de las exigencias del derecho penal y derecho procesal democrático, de lo contrario estaría abriendo las puertas a una forma burocrática del proceso, propio del modelo superado, el inquisitorial o mixto; es una de las tareas, me atrevo a expresarlo, más importante del proceso penal, el juez de garantías tiene la labor mayúscula de racionalizar el poder punitivo del Estado.

III. Problemas de la reforma 25 años después

Después de veinte años del inicio de la reforma, y a pesar de los grandes esfuerzos, esta presenta aún problemas. En la investigación realizada por ILANUD en Latinoamérica en el 2007, bajo la dirección científica del profesor ZAFFARONI, sobre "Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina,[2] 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.

2 Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza (Coordinadores) México, 2007, p. 41

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 inquisitivo 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 practicas 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.

Más reciente, 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" y puso de relieve serias disfuncionalidades. 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 presen-

ta 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.

IV) A manera de conclusión: retos de la Reforma de la justicia penal

Estos problemas que apuntan las interesantes investigaciones del ILANUD, 2007 y 2011, exigen, sin duda, retos que no pueden posponerse. La investigación de 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 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.[3] 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 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 meno garantías, dirigidas especialmente a los sectores poblacionales empobrecidos, que demuestra, a propósito, lo que el Estado puede hacer solo por ellos.

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- Stifung Buenos Aires, Argentina.

(1997) BIRKENMAIER, W. El Estado de derecho la RFA. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stifung Buenos Aires, Argentina.

(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.

3 Cuarezma Terán, Sergio. La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua. CEIJ. Managua: Editorial-Imprenta UCA, 1996, páginas 298-299.

(2011) BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. "La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio", *Justicia*, nº 3-4, pp. 121-132.

(1999) CORDÓN MORENO, FAUSTINO. El derecho a la defensa. En Las garantías constitucionales del proceso. Aranzadi editorial. Navarra, pp. 137 a 154.

(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 Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., pp. 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, pp. 63-68.

- (1996) La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua. CEIJ. Managua: Editorial-Imprenta UCA.

-(1996) "La Victimología". En Estudios Básico de Derechos Humanos, Compiladores, Sonia Picado, Antonio Cançade Trindade y Roberto Cuéllar, IIDH, San José Costar 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, UPCP, 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*, nº 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.

(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.

(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) 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.

(2002) PEDRAZ PENALVA, ERNESTO. Derecho a la defensa y a la asistencia letrada. **Introducción al Derecho procesal penal** (acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense), presentación por Sergio J. Cuarezma Terán, editorial Hispamer, Managua, pp. 287 a 355.

(2001) PÉREZ BALTODANO, 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, pp. 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

(2009) REYNA ALFARO, LUIS M. Derecho de defensa. En Comentarios al nuevo código procesal penal, Ara editores, Perú, 2009, pp. 75 a 94.

(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

(1996) ZAFFARONI, Raúl y MADLENER, Kurt. La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez. San José, Costa Rica: ILANUD, pp. 5-37.

(2000) ZAFFARONI, Raúl. "El Curso de la Criminología". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, pp. 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, pp. 339-362

- (2003) "Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad". En: El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. México: Editorial Porrúa, pp. 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, pp. 5-37.

El debido proceso como un derecho multidimensional en el sistema interamericano

Juan Manuel Morel Pérez

Sumario. I.Introducción II. El proceso como concepto III. Principios procesales IV. La tutela Judicial efectiva, en el orden convencional y constitucional V. El debido proceso VI. Componentes del debido proceso VII. Multidimensionalidad del debido Proceso VIII. Conclusiones Referencia.

I. Introducción

En el presente trabajo se pretenden desarrollar como el debido proceso pasó de ser una garantía a un derecho fundamental, los principios que rigen todo proceso, así como los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, que así lo consagran. También se aborda varias jurisprudencias constitucionales garantistas que buscan reafirmar este carácter.

Para conocer del mismo es importante saber que la transición al estado constitucional, ha dado la apertura al ejercicio de novísimas institutas de protección procesales, reafirmadas en las principales constituciones, dentro de esta, se encuentra el debido proceso, no de ley como se le conocía sino como derecho con alcance constitucional y convencional, derecho este que, combinado con la tutela judicial efectiva, permiten un conjunto dos grandes abanicos de derechos: Al proceso y en el proceso,

Así las cosas, hacemos un recorrido sobre el proceso y sus principios, también los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, que fundamentan el tema objeto del presente estudio y finalmente, es tratado el carácter

multidimensional del debido proceso y se hacen menciones a las consultas bibliográficas citadas en el presente esfuerzo académico.

II. El proceso como concepto

La más fina doctrina ha definido el proceso como "una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente para resolver mediante juicio (como acto de autoridad) el conflicto de intereses. Su función sustancial es dirimir, con fuerza vinculatoria el litigio sometido a los órganos de la jurisdicción. "Para Farién Guillen el proceso "es una cadena de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por un cuerpo de poderes, expectativas y cargas destinadas a obtener una serie de situaciones por obra del juzgador". Se distingue del procedimiento, ya que esté de acuerdo a Carnelutti *"no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso (*http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fxTVB_izEnMJ:www.oj.gob.gt/edoj/file.php%3Ffile%3D/1/moddata/forum/1/20345/DIFERENCIA_ENTRE_PROCESO_Y_PROCEDIMIENTO-tarea_1.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe).

El proceso forma un todo, deprendiéndose de este, especializaciones o sea los distintos procedimientos, siendo alimentados por los principios, de ahí es que el juez dominicano Juan Fantino Suriel, nos representa el proceso como un árbol donde las raíces son los principios y las ramas las características propias de cada proceso, con esta doctrina comulgamos casi en la totalidad, aunque el proceso es visto como uno solo que es el debido proceso, ya que todo procedimiento que contradiga este, es totalmente nulo.

III. Principios procesales

Antes de conocer los principios procesales, es importante definir lo que es los principios, definidos estos como las condicio-

nes para la sobrevivencia del proceso, y de acuerdo al diccionario de derecho procesal de Oxford "se refieren a su trilogía estructural: el jurisdecir y el accionar de los sujetos del proceso".

Antes de entrar en detalles, es importante conceptualizar sobre que son los principios, reglas y que tipos de principios operan en el proceso.

El concepto principios procesales, está basado en las bases sobre las cuales debe desarrollarse el proceso, las normas que los rigen y los mecanismos para lograr que el fin del proceso sea eficaz

Los principios generales que rigen el proceso en principio tienen un origen legislativo, o sea que provienen de leyes orgánicas como lo son los códigos procesales, ahora bien, la constitucionalización y convencionalidad del proceso, estableciendo garantías a la tutela judicial efectiva, como lo es el debido proceso, ha dado pie al surgimiento de principios uniformes y estandarizados, estos principios se denominan principios cardinales, que son aquellos que por su jerarquización y tutelación deben estar presente en todo proceso, por ser intrínseco a la tutela.

Así las cosas, podemos señalar como principios funcionales el de publicidad, legalidad, defensa, presunción de inocencia.

Para los tratadistas universales del derecho constitucional como Robert Alexy, *los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, en tanto operan como mandatos de optimización. Además, se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento depende tanto de las posibilidades jurídicas como las reales o fáctic*as discriminan de las reglas ya que estas ordenan algo definitivo, haciéndose exactamente lo que esta dispone. En ese sentido con claridad meridiana Miguel Carbonell, expresa: "Las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales están redactadas en forma de principios. Los principios suelen diferenciarse del modelo de normas jurídicas llamadas "reglas", en las cuales están perfectamente definidos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. En el caso de los princi-

pios tal determinación no existe, o al menos no con el grado de precisión y detalle que tienen las reglas.".

Ahora bien, existen los denominados principios generales del proceso, que son aquellos que determinan la vida y transcurso del mismo, estos se clasifican los dos grupos los principios cardinales, que son los que rigen el debido proceso y los principios peculiares los cuales marcan la pauta en cada uno de los procedimientos.

IV. La tutela Judicial efectiva, en el orden convencional y constitucional

En el orden del derecho Internacional de los Derechos Humanos, para hablar del derecho a la tutela judicial efectiva, ubicaremos el mismo desde el contexto de nuestro sistema regional.

Previo a adentrarnos a lo que es la garantía continental, no podemos dejar pasar por alto que el sistema universal, oferta el derecho a la protección judicial la declaración universal de los derechos humanos, en su artículo 10 establece : "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal", más que una consagración a una tutela judicial, el precitado articulado, lo que plantea es una especie de debido proceso.

La figura de la tutela judicial efectiva, tiene un origen en el derecho procesal constitucional, que nos ofrece el neo constitucionalismo.

La tutela judicial efectiva, dentro del estado constitucional, está presente en lo amplio y extenso derecho al acceso a justicia, que va desde el apoderamiento del tribunal, hasta la ejecución de lo decidido.

Partiendo del mandato de la convención interamericana de los derechos humanos, la tutela judicial efectiva, tiene mandato convencional para los estado del sistema, específicamente en el artículo 8.1 del instrumento así como el articulado oc-

tavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que precisa: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.", es por eso que el derecho a la tutela judicial efectiva, no solo tiene ribetes internos, sino que alcanza hasta la jurisdicción subsidiaria internacional.

La regularización internacional de este derecho, tiene más instrumentos vinculantes a escala global, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 1966, también se estableció como un compromiso de los Estados Partes en el Pacto, el cual en su artículo 2.3, garantiza el derecho al recurso para la tutela jurisdiccional.

En cuanto al recurso efectivo, no podemos confundirlo en modo alguno con el derecho a la acción de amparo, ya como establece el profesor José Moreno Molina, de España:

"Tanto la Declaración Universal como el Pacto Internacional conciben el amparo como un derecho fundamental, que se le debe garantizar a "toda persona" sin distingo de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales y a las personas jurídicas o morales; a las personas nacionales y a las extranjeras; a las hábiles y no hábiles; a las personas de derecho público y a las de derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal. El "recurso efectivo" de protección de los derechos y libertades fundamentales al que se refieren tanto la Declaración Universal como el Pacto Internacional puede tratarse de cualquier medio judicial y no necesariamente de una sola y única acción de protección o de amparo. Esto es, ni la Declaración Universal ni el Pacto Internacional necesariamente se refieren a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, lo que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios si estos garantizan la efectividad de la protección" .

A la tutela judicial efectiva como derecho se l oponen 3 figuras: La auto tutela, la sumisión y la ausencia de tutela.

La autotutela, es un método de solución de conflictos, arcaico, de una etapa ya superada, la cual refiere a que el titu-

lar de tales derechos puede poner en ejecución por sí mismo, sin impetrar el auxilio de la autoridad judicial; La sumisiones la renuncia parcial o total de dirimir o exigir un derecho ante la autoridad judicial, la ausencia de tutela, concepto desarrollado y de autoría nuestra y es cuando se produce un perjuicio creado contra todo ciudadano, al no permitírsele las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos, en ese sentido la Corte interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "la ausencia de "tutela judicial, una situación de mayor riesgo, inseguridad e indefensión" (Resolución de 14 de junio de 2005, caso Liliana Ortega y otras respecto de Venezuela)

V. El derecho fundamental al debido proceso

Si bien es cierto que, Partiendo de lo establecido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el debido proceso es el "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos" (Caso Baena Ricardo y otros, czt., parr. 92; Caso Fenmn Ramírez. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. parr. 78; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. parr. 68 y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Pefia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, parr. 178.). no menos cierto es que el debido proceso ha pasado a ser de una garantía procesal, a un derecho fundamental que excede el ámbito jurisdiccional y estatal esto es que incluyendo los procesos contenciosos o gracioso de carácter privado debe garantizarse las reglas del debido proceso, en ese sentido el artículo 69.10 de la constitución dominicana expresa establece: "las reglas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", estas reglas han ido más allá, pues incluso reglas como el derecho de defensa alcanzan las actuaciones privadas, esto está establecido mediante el precedente constitucional marcado con la sentencia TC/0092/15, en la cual la alta corte dominicana, en relación a un proceso de sanción a unos estudiantes universitarios, indico que no podía producirse la misma, sin observarse el debido proceso.

A raíz de la asunción del estado constitucional, las constituciones nacionales, han asumido el debido proceso como un derecho, como el caso de la carta magna ecuatoriana que precisa en Los numerales 1, 2 y 3 del Art. 76 de la Constitución disponen: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: l. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Haciendo una interpretación a la norma, ha señalado en cuanto al debido proceso mediante sentencia No. 088-14-SEP-CC que: está dada por la garantía del respeto a los derechos y libertades de las personas en las causas judiciales, administrativas o de cualquier naturaleza en las que se comprometan sus derechos e intereses.

Siguiendo la línea jurisprudencial constitucional, se puede refrendar lo precisado por la corte constitucional colombiana de que el derecho al debido proceso es un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad (Sentencia C-034/14).

En igual línea jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Boliviano, refiere que: “el debido proceso consiste en ´…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamen-

te ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos` (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

VI. Componentes del debido proceso

El debido proceso, presupone dos momentos en el cual confluyen los derechos estos son: los derechos al proceso y en el proceso, los derechos al proceso, radican fundamentalmente al derecho a acceso a justicia, al juez preestablecido, al juez imparcial, entre otros, así las cosas, dentro de los derechos en el proceso, figuran: El derecho a igualdad, el derecho de defensa, presunción de inocencia, la oralidad, publicidad, contrariedad, bilateralidad.

Haciendo un ejercicio de derecho constitucional comparado, estas reglas, la encontramos en las constituciones nacionales, de Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, en estos diferentes estados el debido proceso trascienda lo jurisdiccional y avanza a todo tipo de ejercicio procesal. La jurista colombiana Angélica Monsalve Gaviria, con claridad meridiana ha señalado que:" El derecho fundamental al debido proceso abarca todos los ámbitos de la vida pública y privada y se ha institucionalizado en la Constitución en diversas reglas y principios y por su carácter estructural para la democracia y el Estado de derecho, debe ser aplicado en todo ámbito, incluso entre particulares".

VII. Conclusión

El proceso es un conjunto de acontecimientos jurídicos, que busca que un tercero imparcial reconozca y medie derechos, siendo muy distinto a lo que es el procedimiento, que son las reglas específicas aplicadas al proceso, ambos este tiene un conjunto de principios que permiten garantizar más la tutela judicial efectiva, derecho este que tiene un origen convencional en los instrumentos universales y regionales, siendo asumido por las reformas constitucionales con la asunción del estado constitucional, derecho que oferta un catálogo de reglas que garantizan la no indefensión de las partes involucradas ante la jurisdicción, este derecho no puede confundirse con el debido

proceso, definido por el tribunal constitucional dominicano en la sentencia No. TC 11-2014 como la posibilidad de que se garantice a la persona poder contestar cada argumento esgrimido en su contra. No debe ser visto de manera autónoma a la tutela judicial efectiva, porque trasciende a la jurisdicción, debiendo tutelarse en todo tipo de sede administrativa y privada, en la jurisdicción, el mismo tiene dos momentos procesales, divididos en el derecho al proceso y los derechos en el proceso, la autonomía del debido proceso es indiscutible por ser un derecho fundamental, tal como dijo el tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, en la sentencia No. Derecho fundamental: Como un derecho para proteger al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, como así de protección de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales (dsentencia 0137/2013)

Referencias

Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil; De Palma; Buenos Aires; 1993; p. 122

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Segunda Edición., 2012,

Carbonell, Miguel Los derechos fundamentales y su interpretación Jul 7, 2016

Fairen G., Víctor, Teoría del derecho Procesal

Moreno Molina, José Antonio. Tutela judicial efectiva. España

Pacto internacional de derechos civiles y políticos

Declaración universal de los Derechos Humanos

Convención Interamericana de los Derechos Humanos

Monsalve, Angélica. El derecho fundamental al debido proceso. Disponible en: https://angelicamonsalve.wordpress.com/2016/11/01/el-derecho-fundamental-al-debido-proceso/

De la inconstitucionalidad por omisión, a la inconvencionalidad por omisión.[1] Nuevo paradigma de tutela de los derechos previstos en la Constitución Política, y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos

Víctor Edo. Orozco Solano

Sumario: I.- Introducción. II.- Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad por omisión. III.- El control de las omisiones absolutas legislativas en el sistema de justicia constitucional costarricense. IV.- El control de las omisiones absolutas reglamentarias en el sistema de justicia constitucional costarricense. V. Sobre el control de convencionalidad por omisión. VI.- Conclusiones. Bibliografía.

I.- Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es analizar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura del control de las omisiones absolutas inconstitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense, a partir de la conocida sentencia de la Sala Constitucional, No. 2005-05649, de 11 de mayo, en la cual se resolvió la acción de inconstitu-

1 Gran parte de las ideas desarrolladas en este ensayo han sido tratadas en otra ocasión (Véase Patiño Cruz, S. y Orozco Solano,V., La Inconstitucionalidad por Omisión, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004), cuya lectura respetuosamente se recomienda al lector.

cionalidad planteada contra la omisión del Legislador de dotar de eficacia plena los mandatos establecidos en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, así como el Transitorio Único de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, por cuyo medio se reformó parcialmente la Constitución para implementar varios mecanismos de democracia participativa (iniciativa popular y referéndum), estableciéndose el plazo de un año para dictar las leyes de desarrollo.

En este sentido, es claro que el control de las omisiones inconstitucionales supone el mayor alcance del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, y su posibilidad de regular efectivamente todos los actos y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo.

Tales alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sin embargo, todavía no son uniformes en la doctrina, teniendo en consideración el criterio sostenido por varios autores, en cuanto a que la implementación de estos controles por parte de los Tribunales Constitucionales hacia el Legislador quebranta el principio de separación de poderes. Sobre el particular, el mismo KELSEN incluso sostenía que "*si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas*".[2]

En este sentido, RUIZ MIGUEL afirma que la llamada inconstitucionalidad por omisión en un ordenamiento plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental.

En cuanto a lo primero, este autor alude a la falta de apoyo de derecho positivo, la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de normas constitucionales, y la falta de determinación de un plazo para proceder a una actividad legislativa. En lo segundo, menciona la imposibilidad de hacer efectiva una sentencia declarativa de una inconstitucionalidad por omisión, de ahí que concluye que la implementación de este tipo de control de constitucionalidad resulta *"difícil-*

2 Ver Kelsen, H., Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pág. 310.

mente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución".[3]

Tales afirmaciones parten de una teoría de la Constitución en la cual se ha relativizado su valor normativo y su capacidad de regular efectivamente las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos; en este orden de ideas, sin duda suponen un severo retroceso a su concepción normativa y a su plena exigibilidad.

Es claro entonces que el control de constitucionalidad por omisión se sustenta en la superioridad normativa de la Norma Fundamental, que define el grado y el modo de su vinculación con el Legislador. Así, el control jurídico de tales omisiones inconstitucionales (o de los silencios del legislador) tiene por fin restablecer la supremacía de la Constitución que ha sido menoscaba a causa de la inactividad legislativa.[4]

De esta manera, las tesis que han criticado el control de inconstitucionalidad por omisión soslayan que *"la más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preeminencia entre los Poderes del Estado y la superioridad de la ley respecto de las demás formas jurídicas del concreto ordenamiento jurídico, pero no ya su relación con la Constitución, regida únicamente por la supremacía normativa de esta última.*[5]

3 Véase Ruiz Miguel, C., Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004, pág. 160.

4 Ver Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 5. Al respecto, este autor agrega: "el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes", pág 119.

5 Véase Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., pág. 10.

En efecto, a todas luces es evidente que el Legislador, al igual que los otros poderes públicos, es un poder constituido y, por ello, sus actos y sus omisiones son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, quien lógicamente puede declararlos inconstitucionales si infringen un precepto de la Norma Fundamental. Tales ideas son plenamente aplicables en el sistema de justicia constitucional costarricense, en el cual incluso existe un reconocimiento positivo en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, del control frente a las omisiones absolutas y relativas de las autoridades públicas con poder normativo, todo lo cual será detallado más adelante.

Pero es preciso insistir en la noción de la Constitución norma jurídica y en el principio de supremacía constitucional, los cuales son el verdadero fundamento del control de las omisiones inconstitucionales, frente a quienes lo han sustentado en la llamada Constitución dirigente. Al respecto VILLAVERDE MENÉNDEZ sostiene: *"la Constitución no se torna en Constitución dirigente ni totalizadora, que hace del legislador su mero ejecutor. Tan incorrecto es concebir la Constitución en su conjunto como una norma negativa, como pensar que es toda ella un programa que deben ejecutar los poderes del Estado y, en particular, el legislador. La apertura de la Constitución actúa como un criterio corrector de la expansión de una precomprensión de la Constitución del Estado democrático como una Constitución dirigente".*[6]

De ahí que el Legislador ostente cierta libertad de configuración para establecer la manera en que ha de ser desarrollado, en términos generales, el mandato constitucional, no así, para disponer del mandato absteniéndose de emitir dicha normativa. En otras palabras: *"su competencia para cerrar en un sentido u otro la apertura constitucional no puede trastocarse esa libertad para disponer de esa apertura con su silencio, y de esta forma disponer del contenido normativo de la Constitución allí donde ésta le impone un deber (aunque sólo el legislador* (en el caso de las omisiones legislativas) *sea el competente para decidir como cumplirlo)".*[7]

6 Ver Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., pág. 19.

7 Véase Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión,

De lo anterior se deduce que el control de inconstitucionalidad por omisión claramente se sustenta en el reconocimiento de la Constitución como norma, y en el marco de una Constitución abierta, en la cual el legislador, como se dijo, goza de libertad para decidir la manera en que ha de ser completado el mandato constitucional. Así, el grado de apertura de una Constitución, de acuerdo con DÍAZ REVORIO, depende de la manera en que los valores constitucionales permiten el juego de diversas opciones políticas dentro del sistema, sin modificarlo necesariamente; es decir, "*que margen tienen los poderes públicos –especialmente el legislador- para actuar dentro del respeto a la Constitución y sus valores*",[8] así como de la manera en que los últimos sean interpretados, lo que varía en cada sitio.

En todo caso, como bien lo señala Víctor BAZÁN, la tarea judicial que implica la ponderación de los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pausas en juego, a saber:

— la normatividad y la primacía de la Constitución,

— las connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera;

— el lapso del tiempo por el que se ha producido la inactividad;

— el margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida;

— el espectro de posibilidades, jurídicos y extrajurídicos, al alcance de la judicatura para disponer la corrección de la situación inconstitucional y;

— la obligación de los Tribunales Constitucionales de realizar cabalmente el control de constitucionalidad.[9]

op. cit., pág. 20.

8 Véase Díaz Revorio, F. J., La Constitución como orden abierto, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1997, pág. 145.

9 Ver Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las

Pues bien, en esta oportunidad serán revisadas (aunque en forma breve) las distintas implicaciones del control de la inconstitucionalidad por omisión, en particular las omisiones absolutas, y el modo en que ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido varias ocasiones de referirse a la figura, sobre todo a partir de la sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo.

En razón de lo anterior, es preciso no sólo analizar la definición del control de inconstitucionalidad por omisión, sino también las denominadas omisiones totales o absolutas, las parciales o relativas del legislador, así como las omisiones legislativas y reglamentarias, no sin antes comentar brevemente los distintos tipos de normas constitucionales, sea las autoejecutables o de ejecución diferida, así como los mandatos expresos o tácitos de legislar;[10] todo lo cual será visto a continuación. Asimismo, es preciso mencionar algún ejemplo del control de convencionalidad por omisión en el sistema de justicia constitucional costarricense, lo cual obedece, justamente, a la necesidad de dotar de poder normativo y autónomo a los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales, ha dicho la Sala Constitucional en su reiterada Jurisprudencia, tienen un valor supra-constitucional.

II.- Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad por omisión

Una vez admitidas las ideas relativas al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, también es preciso afirmar, como lo hace Guiseppe DE VERGOTTINI, que "*es connatural a la formación de la Constitución la predisposición de recursos*

omisiones inconstitucionales relativas, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004, pág. 198.

10 Sobre el particular el lector bien puede consultar: Patiño Cruz, S. y Orozco Solano,V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 66 a 93.

encaminados a garantizar su observancia y supervivencia".[11] No es posible defender la posición privilegiada de la Constitución en el ordenamiento jurídico, sino se establecen controles frente a las acciones y las omisiones de las autoridades públicas que desconocen los preceptos constitucionales.

Uno de tales controles lo constituye, sin duda alguna, la inconstitucionalidad por omisión, el cual en el modelo de justicia constitucional europeo ha recibido un reconocimiento positivo en las Constituciones de Portugal y en Hungría. De esta manera, en Portugal se concibe como la *"inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad".*[12] De otra parte, en Hungría se le ve como *"el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica".*[13]

También ha sido introducida esta figura, aunque de modo jurisprudencial, en Italia y Alemania, mientras que en Andorra, Bélgica, España y Rumanía sus Tribunales Constitucionales han tenido que enfrentarse a ella en alguna ocasión.[14]

De esta manera, en Italia la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha colmado lagunas o vacíos mediante la integración y ha dictado sentencias aditivas en las que suprime en una norma un obstáculo en beneficio de aquellos a quienes, por omisión, no se les aplicaría la norma por no estar comprendidos dentro de ella; esta situación suele denominarse la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haberse previsto en la ley. En Alemania, por su parte, la protección es restringida, pues únicamente resulta viable que, por recurso de queja constitucional, se impug-

11 Ver De Vergottini, G., Derecho Constitucional Comparado, Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 197.

12 Ver Rodríguez Fernández, J. J., La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 77.

13 Véase Rodríguez Fernández, J. J., La Justicia Constitucional Europea…, op. cit., pág. 77.

14 Ver Rodríguez Fernández, J. J., La Justicia Constitucional Europea…, op. cit., pág. 77.

ne una omisión legislativa cuando, a causa de ella, se viole algún derecho fundamental.[15]

De otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 19 de noviembre de 1991, resolvió los casos acumulados Francovich y Bonifaci, en la que se reconoció la responsabilidad del Estado italiano, por la omisión de incorporar en el ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 de 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas.[16]

De lo anterior se deduce que los mandatos de ejecución diferida no deben provenir necesariamente de la Constitución, sino también de los Instrumentos Internacionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuyos supuestos, la inactividad de los poderes públicos con poder normativo también lesiona el Derecho de la Constitución.

Ahora bien, en el modelo "*iberoamericano*" de justicia constitucional el control de constitucionalidad por omisión ha sido consagrado positivamente en las Constituciones de Brasil y en la Provincia de Río Negro de Argentina, así como en la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense,[17] por mencionar algunos ejemplos.

De esta forma, el control de constitucionalidad por omisión puede ser definido como la "*falta de desarrollo por parte de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación*".[18] De la

15 Véase Bidart Campos, G., El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editora Ediar, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1995, pág. 351.

16 Ver Jinesta Lobo, E., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Responsabilidad Administrativa, Diké, Bogota-San José, 2005, pág. 178.

17 Véase Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 170 a 181.

18 Ver Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 65 y 66.

anterior enunciación se desprenden, al menos, cuatro elementos que deben concurrir para que se verifique una omisión inconstitucional, en primer lugar, la inactividad del legislador o de la autoridad pública con poder normativo, en segundo, que dicha inactividad persista durante un período excesivamente largo, tercero, que esa inactividad se produzca respecto de los encargos que el Poder Constituyente (originario o derivado) realiza al Legislador o a la autoridad pública y, por último, que esa inercia incida sobre la plena efectividad del precepto constitucional.[19]

Tales omisiones inconstitucionales tradicionalmente han sido clasificadas por la doctrina[20] como totales o absolutas y parciales o relativas. En este orden de ideas, las omisiones absolutas son aquellas en las cuales existe una ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente,[21] o bien *"cuando falta cualquier norma aplicativa del precepto constitucional"*.[22]

De esta manera, las omisiones parciales o relativas se producen en los supuestos en que el legislador (o cualquier otra actividad pública con poder normativo) al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional, favorece a cier-

19 Véase Borrel Mestre, J., La inconstitucionalidad por Omisión, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006, pág. 73.

20 El origen de esta clasificación se puede encontrar en Wessel, W., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBI), cuad. 6, 1952, pág. 164. Sobre el particular, también puede ser consultado Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas, op. cit., pág. 199.

21 Véase Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas, op. cit., pág. 199.

22 Ver Fernández Segado, F., La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza Socioeconómica?, en La inconstitucionalidad por omisión (varios autores), coordinador Bazán, V., Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, 1997, pág. 18.

tos grupos y olvida a otros, o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros.[23] También son llamadas las omisiones parciales como *silencios de la ley*, en las cuales hay una conducta del legislador que pretende cumplir los mandatos de hacer previstos en la Constitución. Sin embargo, el intento del legislador por hacerlos efectivos es incompleto o es defectuoso,[24] en cuanto soslaya ciertos grupos o situaciones.

Por su parte, el Prof. DÍAZ REVORIO explica la clasificación elaborada por WESSEL, sobre las omisiones absolutas y relativas, de la siguiente manera: *"es posible distinguir los casos en que existe un silencio del legislador, esto es, ausencia de un texto legal específico –que si genera consecuencias inconstitucionales se convertirá en una omisión absoluta inconstitucional-, de aquéllos en los que sí existe esa ley, pero regula de manera incompleta o defectuosa el conjunto de supuestos o relaciones a los que ha de aplicarse (si ese "defecto" de regulación provoca situaciones contrarias a la Constitución, nos encontraremos ante una omisión relativa inconstitucional). Por lo demás, la existencia de omisiones absolutas es especialmente clara cuando la Constitución impone al legislador la creación de un órgano o institución, y éste no cumple dicho mandato"*.[25]

También afirma este autor, en el caso particular de las omisiones relativas, que no siempre están vinculadas a una afectación del principio de igualdad, porque la ley aplica determinadas consecuencias a algunos supuestos, omitiendo referirse a otros que merecen el mismo tratamiento. Bajo esta inteligencia, bien puede suceder que la contradicción con la Norma Fundamental se produzca por otras circunstancias, es decir, por motivos o carencias de la disposición en relación con exigencias derivadas de otros preceptos constitucionales.[26]

23 Véase Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas, op. cit., pág. 200.

24 Ver Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., pág. 51.

25 Véase Díaz Revorio, F. J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Sociedad Anónima, Madrid, 2001, pág. 173.

26 Ver Díaz Revorio, F. J., Las sentencias interpretativas del …, op. cit., pág. 174. Según este autor, esta situación ha sido frecuente en la ju-

Asimismo, DÍAZ REVORIO defiende la poca utilidad práctica que supone, respecto de las omisiones relativas, la utilización de ciertos procedimientos que algunas constituciones prevén (particularmente la portuguesa) sobre el control de las omisiones inconstitucionales, teniendo en consideración que en el supuesto de las omisiones parciales, el objeto del proceso no es una omisión en sentido estricto sino el precepto incompleto o defectuoso, con lo que más bien podría tratarse de una inconstitucionalidad por acción que por omisión.[27]

Pero también distingue la doctrina entre las omisiones legislativas y las omisiones reglamentarias, dependiendo de si la omisión, o la inactividad frente al mandato constitucional proviene del Poder Legislativo o del Ejecutivo. Así, en el sistema de justicia constitucional costarricense, le atañe a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el control de ambos tipos de inconstitucionalidades, a partir de una interpretación armónica de los artículos 10 de la Constitución Política, 49 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, todo lo cual será detallado más adelante.

Ahora bien, en lo que toca a los mandatos constitucionales, normalmente la doctrina ha distinguido entre los preceptos de ejecución inmediata y de ejecución diferida, así como los mandatos expresos o tácitos de legislar.

En este orden, las normas autoaplicativas o de ejecución inmediata son aquellas que despliegan toda su fuerza normativa por sí mismas, sin necesidad de ningún desarrollo ulterior por parte de los poderes constituidos con potestad normativa. Es claro entonces que en este escenario no hace falta la implementación del control de constitucionalidad por omisión, en la medida en que la eficacia de la norma constitucional se produce precisamente desde su emisión. De ahí que tales nor-

risprudencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana; particularmente ilustrativas son las sentencias No. 27 de 31 de marzo de 1958, No. 40 de 24 de junio de 1958, No. 26 de 23 de mayo de 1961, No. 168 de 12 de diciembre de 1963 y No. 497 de 21 de abril de 1988.

27 Véase Díaz Revorio, F. J., Las sentencias interpretativas del …, op. cit., pág. 259.

mas únicamente puedan ser vulneradas por actos concretos de dichos poderes, pero no a consecuencia de su inactividad.[28]

Pero este desarrollo normativo infraconstitucional sí es requerido por las normas constitucionales incompletas o de ejecución diferida, para ser efectivamente aplicables y exigibles a las autoridades públicas y a los particulares. De ahí que la eficacia de tales preceptos constitucionales dependa justamente de la emisión de esa normativa.[29]

De este tipo de normas, VILLAVERDE MENÉNDEZ distingue entre los permisos y los mandatos constitucionales.[30] En el primer caso, el legislador, o la autoridad pública con poder normativo, goza de absoluta libertad o discrecionalidad para emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo (en tanto así se lo ha permitido el poder constituyente originario o derivado) razón por la cual en este supuesto la inactividad de los poderes normativos constituidos no es susceptible de control mediante el mecanismo de la inconstitucionalidad por omisión, a menos que se disponga del mismo permiso; es decir, que se dicte normativa que soslaya completamente los alcances del precepto constitucional, en cuyo caso la inconstitucionalidad no se produce por omisión sino por acción.[31]

28 Sobre el particular, se puede consultar Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., pág. 43, y Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., págs. 60 y 61. A modo de ejemplo, el artículo 25 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipula: *Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna*.

29 Véase Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 44 a 46.

30 Ver Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., págs. 60 y 61.

31 Véase Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 44 a 46. Sobre el particular, el párrafo 3° del artículo 12 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, establece: *Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva*.

En el segundo supuesto, el de los mandatos constitucionales, el Constituyente originario o derivado expresamente impone a la autoridad pública el deber (no la posibilidad) de emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo, para que ese precepto pueda ser exigible a los poderes públicos. Bajo esta inteligencia, es posible diferenciar a los mandatos expresos y a los implícitos.[32]

Los primeros son aquellos en los cuales el mandato se configura de manera explícita; "*se trata de una imposición directa desplegada por la norma y que vincula al legislador* (o a los poderes públicos) *sin posibilidad de excusa*".[33] En este supuesto, es claro que los poderes públicos con poder normativo deben proceder según los lineamentos expresamente establecidos por el Constituyente.

De esos mandatos expresos, igualmente es posible diferenciar unos que establecen un plazo determinado al poder constituido para dictar la normativa infraconstitucional de desarrollo y dotar de plena exigibilidad al precepto constitucional, supuesto en el cual la violación del Derecho de la Constitución se produce cuando transcurre dicho término, sin excusa alguna.[34] Y otros, que no establecen un plazo fijo, en el que el Tribunal Constitucional debe apreciar la inactividad normativa bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y ponderar si se ha vulnerado la Constitución.[35]

32 Ver Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 68 a 76.

33 Ver Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., pág. 42.

34 A modo de ejemplo, es preciso mencionar el Transitorio Único de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, en cuya razón fue reformado el artículo 105 de la Constitución Política, lo cual será detallado más adelante.

35 Véase Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., págs. 68 a 76. Al respecto, dichos autores agregan: "*no obstante lo anterior, muchas de las normas constitucionales establecen órdenes expresas de 'hacer' pero no fijan un plazo límite dentro del cual el legislador debe actuar. Podría pensarse aquí que la norma constitucional*

Ahora bien, en lo que toca a los mandatos tácitos, o implícitos, normalmente han sido denominados *"mandatos generales de legislar"*,[36] y se diferencian de los expresos en que la orden a las autoridades públicas con poder normativo se configura en abstracto.

De esta forma, tanto en el caso de los mandatos expresos, cuanto en los tácitos, la fuerza normativa de la Constitución obliga a los poderes constituidos a dictar las medidas necesarias para dotar a estos preceptos de plena exigibilidad, pues de lo contrario se lesiona el Derecho de la Constitución.

---

otorga al legislador tal grado de discrecionalidad que le permite crear la ley en cualquier momento. Sin embargo, si se parte del principio de supremacía constitucional y de la vinculación de los poderes públicos a la Constitución, no podría aceptarse dicha posición, puesto que el legislador quedaría con tal libertad, que estaría sustituyendo al Poder Constituyente en el tanto dispondría discrecionalmente de la posibilidad de otorgar o no eficacia a la norma constitucional", pág. 71. En este orden de ideas, el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece: *"Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias*". De esta manera, si el legislador no emitiese dicha normativa infraconstitucional de desarrollo, habría que ponderar en aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad si esa omisión vulnera o no el Derecho de la Constitución.

36 Ver Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., pág. 72. Como ejemplo de lo anterior, el artículo 72 de la Constitución Política establece: *El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo*.

Pues bien, antes de analizar con detenimiento el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura del control de las omisiones absolutas inconstitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense, es conveniente estudiar algunos mecanismos que ha comentado la doctrina[37] (y otros que se han aplicado efectivamente en el derecho extranjero) para solventar las situaciones en que se ha tenido por acreditada una inactividad normativa que ha incidido sobre la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales, particularmente los de ejecución diferida.

En este sentido, y en el caso concreto de las omisiones absolutas, es posible identificar dos clases de remedios,[38] a los que pueden acudir los Tribunales Constitucionales (sobre todo en aquellos sistemas de justicia constitucional que aplican un método concentrado de control) si consideran que se ha producido una situación inconstitucional a causa de una inactividad normativa (en este caso total) de las autoridades públicas con poder normativo; tales son:

— la declaratoria de inconstitucionalidad sobre la inercia de la autoridad pública y la recomendación al órgano encargado de dictar la norma, en el sentido que subsane la omisión y, por ende, dote de plena exigibilidad al precepto constitucional de ejecución diferida;

— la declaratoria de inconstitucionalidad sobre la inercia de la autoridad pública y el establecimiento de una orden al órgano encargado de dictar la norma (sea al Legislador o al Poder Ejecutivo) en el sentido que repare la omisión, fijándose un plazo o término con ese propósito.

En este último caso, se ha discutido si el establecimiento de una orden por parte del Tribunal Constitucional al órgano competente para dictar la normativa infraconstitucional de desarrollo lesiona o no el principio de separación de poderes. En

37 Ver Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, op. cit., págs. 176 a 181.

38 Lo anterior, sin ánimo de agotar todas las posibilidades de soluciones ante este tipo de conflictos frente al Derecho de la Constitución.

este sentido, algún sector doctrinal incluso ha sostenido que el legislador goza de plena libertad para decidir cuando desarrolla la norma constitucional de ejecución diferida y que, en todo caso, los silencios de la autoridad pública no son susceptibles de control de constitucionalidad.[39]

Pues bien, ante estos reparos es preciso reiterar que tanto el Legislador como el Poder Ejecutivo son poderes constituidos y, por ende, están vinculados por la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y el principio de supremacía; de ahí que la orden que emita (en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Sala Constitucional) ante una omisión absoluta de las autoridades públicas con poder normativo, es una consecuencia lógica y necesaria que sobre la inactividad del poder constituido recae la normatividad de la Constitución,

39 Sobre el particular, es preciso revisar Ruiz Miguel, C., Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004, págs. 159 a 177. Al respecto, este autor agrega: "*se tiende a olvidar la sustancial diferencia entre los tribunales del ordenamiento norteamericano y los de tipo continental-europeo. Para los primeros es posible todo lo que no les prohíba la Constitución, mientras que para los segundos es posible sólo lo que les permita la ley. Así las cosas (.) la posibilidad de que el propio tribunal dicte una orden legislativa ( ) no sólo es algo incompatible con la naturaleza de los tribunales continental-europeo ( ), sino que además constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial no sólo asumiría la tarea del legislador negativo, sino también la de legislador positivo llegando a una situación en la que prácticamente todo el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien pose todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre*", pág. 171. Sobre el particular, únicamente se debe mencionar que tales ideas implican un severo retroceso al reconocimiento de la Constitución Norma Jurídica y al principio de supremacía, como se había señalado con anterioridad. De aceptarse tales argumentaciones habría que aceptar la existencia de normas constitucionales (las de ejecución diferida) cuyo poder normativo dependería únicamente de la voluntad positiva de un poder constituido, como lo es el Legislador. Por demás, se debe advertir que en el constitucionalismo actual están completamente superadas aquellas ideas de Kelsen que configuraban a los tribunales constitucionales como meros legisladores legislativos.

así como la plena exigibilidad del precepto constitucional, la cual justamente ha sido socavada a causa de dicha omisión.

Bajo esta inteligencia, mientras el órgano al cual el ordenamiento jurídico le atribuye la función de controlar la regularidad constitucional no indique al poder constituido la manera o la forma en que ha de ser desarrollado el precepto constitucional (sea, mientras respete la libertad de configuración que ciertamente en ese aspecto disfruta la autoridad pública) no se aprecia de qué modo los actos que adopte el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de interprete último y guardián de la Constitución, puede vulnerar los principios comentados.

III.- El control de las omisiones absolutas legislativas en el sistema de justicia constitucional costarricense

Como se ha indicado en este trabajo, en el sistema de justicia constitucional costarricense le corresponde a la Sala Constitucional no sólo determinar la regularidad constitucional (es decir efectuar el control de constitucionalidad en sentido estricto), sino también resolver los procesos de garantía de los derechos consagrados en la Constitución Política como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República, así como la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado.

En este orden, en lo que atañe al control de constitucionalidad, la Sala Constitucional lo realiza frente a los actos y las omisiones de las autoridades públicas que con poder normativo que lesionan el Derecho de la Constitución. Lo anterior, a partir de una interpretación armónica de los artículos 10 de la Constitución Política, y 73 incisos a) y f) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; esta última norma establece:

> **"Artículo 73.-** *Cabrá la acción de inconstitucionalidad:*
>
> *a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que*

infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. (…)

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas."

De esta forma, del inciso a) se deduce la facultad del Tribunal Constitucional de controlar las omisiones relativas de los poderes públicos con poder normativo que lesionan el Derecho de la Constitución, mientras que del inciso f) se infiere la potestad de la Sala de fiscalizar los supuestos en que se produce una omisión absoluta o total –es decir, en aquellos en que no se ha realizado ningún desarrollo infraconstitucional del precepto de ejecución diferida– como en efecto se dio en el caso de la sentencia No. 2005-05649.

Así, en la sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, contra la omisión legislativa en dictar una ley que regule el referéndum para que el pueblo pueda ejercer la potestad legislativa para la aprobación, derogación de leyes y reformas parciales, y la iniciativa popular en la formación de la ley durante las sesiones ordinarias. Dicha omisión fue impugnada por la violación de los derechos protegidos en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, así como el Transitorio Único de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, por cuyo medio fue reformada parcialmente la Constitución, y se fijó el plazo de un año para dictar las leyes de desarrollo.[40]

Esta reforma constitucional fue publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 118 de 20 de junio de 2002, razón por la cual las leyes de desarrollo debieron ser dictadas antes del 20

40 De este modo, en el Transitorio Único de la reforma parcial a los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, entre otras cosas, se dispuso: *"Las leyes especiales referidas en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, aquí reformados, deberán dictarse dentro del año siguiente a la publicación de esta Ley. Durante este plazo, no entrará en vigor lo aquí dispuesto."*

de junio de 2003. De ahí que en la sentencia aludida la Sala tuvo por acreditado que el Órgano Legislador demoró más de un año y diez meses en decretar dichas leyes, motivo por el cual declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad, en los siguientes términos: "*Se declara inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política a los artículos, entre otros, 105 y 123 mediante Ley No. 8281 del 28 de mayo del 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta –el cual venció el pasado 20 de junio del 2003- las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Se le otorga a la Asamblea Legislativa el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia, para que dicte las referidas leyes*".

En esta sentencia la Sala puso de manifiesto dos situaciones: en primer lugar, que todas las disposiciones de la Constitución Política constituyen normas jurídicas y, por ende, están dotadas de coercitividad y son exigibles a los poderes públicos, con independencia de si estipulan alguna limitación o un mandato (es decir, si gozan de eficacia por sí mismas o si requieren el dictado de alguna normativa infraconstitucional); en segundo, que la Constitución Política constituye la base del ordenamiento jurídico y la norma suprema, razón por la cual vincula el proceder positivo o negativo de los poderes constituidos, motivo por el cual el control de constitucionalidad por omisión no supone ninguna vulneración del principio de separación de poderes o división de funciones.

Ahora bien, en lo que toca a la posibilidad que el control de constitucionalidad por omisión vulnere el principio de separación de poderes o división de funciones, en la sentencia comentada la Sala señaló: "*Así la cosas, resulta evidente que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas no colisiona con el principio de separación de funciones (artículo 9° de la Constitución Política), en este caso, para las dispuestas por el Derecho de la Constitución para el legislador ordinario y las establecidas por éste para el Tribunal Constitucional. Este tipo de fiscalización lejos de debilitar ese principio lo actúa y lo fortalece, puesto que, demarca de forma clara el alcance de las potestades y competencias, por acción y omi-*

sión, del Poder Legislativo de cara al Derecho de la Constitución. Es menester recordar que la Constitución Política tiene una eficacia normativa y directa que vincula fuertemente a todos los poderes públicos constituidos –incluso la Asamblea Legislativa y esta Sala- y los conmina a respetarla y observarla, para evitar que sea burlada de forma oblicua o indirecta a través de conductas omisas o del silencio legislativo, siendo esta Sala, por expresa disposición constitucional (artículo 10), su garante."

De lo anterior se desprende que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no sólo tiene la potestad de controlar si el contenido de una disposición jurídica se adecua al Derecho de la Constitución, sino también si los poderes constituidos con facultad normativa han implementado los mandatos del poder constituyente originario o derivado, cuyo valor normativo quedaría vacío sino se produce dicho desarrollo.

Cabe reiterar que la Asamblea Legislativa, al igual que los otros poderes públicos, es un poder constituido y su actuación está lógicamente vinculada por el Derecho de la Constitución, de modo que no tiene la posibilidad de negarse a cumplir un mandato impuesto por el Poder Constituyente, sin que esa omisión o negativa vulnere la Norma Fundamental.

De lo anterior se deduce que esta sentencia tiene un gran valor, en la medida en que posibilita el control de las omisiones de los poderes constituidos con potestad normativa que lesionan el Derecho de la Constitución, lo cual no sólo supone el mayor alcance del reconocimiento de la Constitución Política como norma jurídica, sino también del principio de supremacía constitucional, de modo que todos sus preceptos, los de eficacia directa o diferida, deben ser observados de manera ineludible por los poderes públicos. Caso contrario, se produce una situación injustificada que vulnera la Norma Fundamental, lo cual debe ser reparado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que tiene esa facultad por fuerza de los artículos 10 de la Constitución Política, 1° y 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N°7135 de 11 de octubre de 1989, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N°198 de 19 de octubre de 1989.

Es distinto, sin embargo, el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto, en la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente No. 04-003324-0007-CO.[41] En efecto, en esta acción de inconstitucionalidad se impugnó la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa de cumplir lo ordenado por el poder constituyente derivado en la Ley No. 8106 de 3 de julio de 2001, en cuya razón fue reformado el artículo 170 de la Constitución Política.[42]

Aunque en esa reforma, el Poder Constituyente derivado había fijado una plazo para emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo (justamente a partir de la aprobación del primer Presupuesto ordinario que se promulgue estando en vigor la reforma luego de un año desde su publicación), la Sala Constitucional desestimó la acción, teniendo en consideración las razones señaladas por el Presidente de la Asamblea Legislativa, al contestar la audiencia conferida durante el

41 Esta acción de inconstitucionalidad había sido planteada por el Alcalde Municipal del Cantón de Aserrí, a la sazón Mario Morales Guzmán, precisamente por la omisión del Legislador de dictar las normas a que hace referencia la reforma al artículo 170 de la Constitución Política.

42 El texto de la reforma constitucional es el siguiente: *"Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente. La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.*

Transitorio.- *La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total. Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese período, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral. Rige un año después de su publicación".*

trámite de ese proceso.[43] Lo anterior, se repite, pese a que la Sala Constitucional tuvo por acreditada la existencia de una inactividad legislativa frente a un mandato constitucional expreso, con un plazo fijo.

En claro que esta decisión supuso un severo debilitamiento a la consideración de la Constitución como norma jurídica, plenamente exigible a los poderes públicos. Lo anterior teniendo en cuenta que la reforma constitucional aludida fue despojada de todo valor normativo a causa de la sentencia dictada por la Sala Constitucional. De ahí que todavía las corporaciones municipales no disfrutan ni de las competencias que debían ser transferidas del Poder Ejecutivo ni de los recursos provenientes del presupuesto nacional, pese al mandato expreso que en ese sentido se contemplaba en el artículo 170 de la Constitución Política.

Cabe reiterar que ante la existencia de un determinado plazo fijado por el poder constituyente (originario o derivado) para emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo, ninguna justificación tiene la virtud de suplir la inactividad de los poderes constituidos, ni de eludir la declaratoria de inconstitucionalidad.

Lo mismo se puede apreciar en lo que atañe a la omisión de las autoridades públicas de emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo a que alude el mandato implícito contemplado en el artículo 72 de la Constitución Política, sobre el

43 Al respecto, en la sentencia aludida la Sala concluyó "*Así las cosas entiende la Sala que resulta ser admisible la explicación y justificación dada y admisible igualmente la demostración documental que se aporta para comprobar las actividades llevadas a cabo de modo que en este caso concreto lo procedente y justo es acoger tales justificaciones para señalar que aún cuando existe formalmente una ausencia de la actuación ordenada por el Constituyente, tal ausencia ha sido suficientemente explicada y justificada frente a esta Sala de manera que la conclusión en este caso es que no existe una infracción constitucional al Derecho de la Constitución por el que este órgano debe velar. Por ello la acción debe declararse sin lugar, sin perjuicio alguno de la obligación jurídica de la Asamblea Legislativa de dar el trámite y la continuidad necesarias para lograr el cumplimiento de lo establecido en la reforma constitucional aprobada oportunamente*".

seguro de desocupación, lo cual fue conocido por la Sala Constitucional con motivo de la acción tramitada bajo el expediente No. 06-12657-0007-CO.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 2008-1739 de 6 de febrero desestimó esa acción de inconstitucionalidad, con el Voto Salvado de los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro. Es claro que la argumentación esgrimida por la mayoría del Tribunal Constitucional en esta sentencia supone un desconocimiento, no sólo de la posibilidad de controlar efectivamente las omisiones de las autoridades públicas que inciden sobre la plena exigibilidad de los mandatos constitucionales de ejecución diferida, sino también un claro debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, en cuyo artículo 72 se reconoce el derecho fundamental de todo particular de contar con el seguro de desempleo, lo cual aún no ha sido desarrollado por tales poderes constituidos, luego de casi 50 años de haber entrado en vigencia la Norma Fundamental.

Al respecto, si bien se había indicado con anterioridad la necesidad de ponderar las omisiones normativas bajo el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, en aquellos supuestos en que el Constituyente originario o derivado no ha establecido un plazo o término a las autoridades públicas, en el caso presente se observa que la inactividad normativa tiene casi 50 años de mantenerse, con lo que a juicio del autor no existe ninguna razón que la legitime.

IV.- El control de las omisiones absolutas reglamentarias en el sistema de justicia constitucional costarricense

Ahora bien, en lo que toca a las omisiones absolutas reglamentarias, se debe advertir que la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense establece diversas vías para su corrección: una está contemplada en el artículo 49 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en que se prevé la posibilidad de la Sala de imponer, en un recurso de amparo, un plazo a la autoridad recurrida de dos meses, para que repare

la omisión)[44] y, la otra, del artículo 73 ídem, en que se que regula el objeto de la acción de inconstitucionalidad.

Cabe mencionar que el ejercicio de una de ambas vías es opcional por el particular afectado a causa de la omisión reglamentaria; de ahí que ante esta situación, el actor bien puede plantear cualquiera de ambos procesos, siempre que en el caso del amparo por omisión la inactividad normativa incida sobre el pleno disfrute de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política, o en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos aplicables en la República.

De otra parte, la acción de inconstitucionalidad frente a una omisión reglamentaria se puede verificar en aquellos casos en que la inercia de las autoridades públicas con poder normativo incide no sólo sobre la plena exigibilidad de la parte dogmática de la Constitución (como es el supuesto de los derechos fundamentales), sino también de su parte orgánica. De lo anterior se deduce que el objeto de esta vía sea más amplio que la anterior para la corrección de las omisiones reglamentarias.

Pues bien, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 2005-14522 de 21 de octubre, resolvió el recurso de amparo planteado por Fabián Leandro Marín, contra la omisión del Poder Ejecutivo de emitir el Reglamento previsto en el artículo 56 de la Ley General de Policía, para determinar las escalas jerárquicas de los cuerpos policiales que no pertenezcan al Ministerio de Seguridad Pública. Esta situación, de acuerdo con el promovente, le impedía obtener un ascenso en la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional del Ministerio de la Presidencia, pese a que reunía las condiciones necesarias para ello.

Así, en este pronunciamiento la Sala admitió el control de constitucionalidad frente a las omisiones del Poder Ejecutivo que, en ejercicio de su potestad reglamentaria, vedan el dis-

44 Esta norma establece: *"Artículo 49.- (.) Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención ( )".*

frute pleno de un derecho reconocido en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República.

También indicó la Sala Constitucional que el Poder Ejecutivo está doblemente vinculado frente a la Ley y la Constitución, de ahí que no cuente con ninguna discrecionalidad para excusarse de reglamentar una ley, si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente (teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad).

De manera que si el Poder Ejecutivo se abstiene de reglamentar una ley también vulnera lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, que establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes.[45] En otras palabras, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona, al menos, el inciso 3) del artículo 140, además de otra posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión. En tales supuestos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

45 Esta situación había sido advertida por la Sala Constitucional en la sentencia No. 101-90 de 30 de octubre, en que se dijo: "*distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal reglo su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio.*"

Tales argumentos han sido reiterados por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2006-3238 de 10 de marzo, en que resolvió el recurso de amparo interpuesto por Esteban Bornemisza Fernández, contra la omisión del Poder Ejecutivo de emitir el reglamento necesario para aplicar la Ley Nº8444, en que se exoneraba del pago de tributos a los vehículos automotores importados o adquiridos en el territorio nacional, destinados al uso exclusivo de personas que presenten limitaciones físicas, mentales o sensoriales severas y permanentes. Esta omisión, según el actor, le impedía disfrutar de los beneficios contemplados en esa norma, pese a que reunía las condiciones necesarias con ese fin.

En esta sentencia la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, también ordenó al Poder Ejecutivo, que dicte el Decreto Ejecutivo a que hace referencia el artículo 10 de la Ley Nº8444 de 17 de mayo de 2005, publicada en el Diario Oficial La Gaceta Nº98 de 23 de mayo de 2005.

V.- Sobre el control de convencionalidad por omisión

A lo anterior es preciso agregar, sin duda alguna, la obligación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia, en el sentido que las autoridades estatales, jurisdiccionales y administrativas, están obligadas a efectuar y desarrollar, plenamente, un control de convencionalidad, frente a las acciones y las omisiones de los poderes públicos con poder normativo, siempre en el marco de las competencias procesales de cada país. De ahí que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene plena competencia para además de efectuar un control de constitucionalidad por omisión, puede desplegar un control de inconvencionalidad por omisión, cuando se trata de suplir las inacciones de los poderes públicos frente a los mandatos expresos e implícitos previstos en las disposiciones convencionales, cuya fuerza normativa, sin duda alguna, queda disminuida a causa de esa inactividad.

Un ejemplo de ese control lo podemos encontrar en la sentencia No. 2010-11352 de 29 de junio, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por Maureen Patricia Ballestero Vargas, contra el artículo 262 del Código Electoral. En este pronunciamiento, que constituye un típico ejemplo de inconvencionalidad por omisión, como se dijo, la Sala concedió un plazo de treinta y seis meses a la Asamblea Legislativa para que dicte reforma parcial a la Constitución Política, así como la reforma a su Reglamento, para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial de los Diputados, y otras sanciones. Lo anterior, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y el número VII de la Convención Interamericana contra la corrupción. En esta sentencia la Sala Constitucional señaló: *"no le cabe duda que tiene competencia de dar un plazo al órgano o ente correspondiente para que se cumpla con la obligación internacional, inclusive cuando se trata de una reforma o modificación constitucional. El principio de derecho internacional effet utile exige del Estado, en la interpretación y aplicación de los Tratados sobre derechos humanos, y de aquellos no autoaplicables (non-self executing), la de estimular a todos los órganos del aparato estatal para que se generen efectos duraderos en el orden interno de acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas, de modo que se deben tomar las medidas necesarias en todo su conjunto, para asegurar que los términos de un acuerdo internacional tengan efectos en armonía con el derecho interno. A esto siguen los mecanismos de cooperación entre los Estados y organizaciones internacionales, y de seguimiento sobre la compatibilidad de la legislación interna con la de los convenios internacionales"*.

VI. Conclusiones

Como se ha acreditado en este pequeño ensayo, el control de las omisiones inconstitucionales sin duda supone el mayor alcance del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, y del principio de supremacía, en cuya razón está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico y es plenamente exigible a las autoridades públicas con poder normativo.

Pues bien, en el sistema de justicia constitucional costarricense es particularmente relevante el criterio sostenido por la

Sala Constitucional en la sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo, en la cual se cuestionó la omisión absoluta del Poder Legislativo de emitir la normativa infraconstitucional a que alude la reforma parcial a los artículos 105 y 123 de la Constitución Política (efectuada por medio de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002), en que se estableció el término de un año para que la Asamblea Legislativa dictara las normas aludidas y dotara a los preceptos constitucionales de plena exigibilidad.

Así en esta sentencia la Sala Constitucional reconoció que la Constitución es una norma jurídica dotada de coercitividad, de ahí que es posible controlar no sólo los actos sino también las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo que vulneran el Derecho de la Constitución, sin que ello suponga alguna afectación del principio de separación de poderes.

En este pronunciamiento también dijo la Sala que tales omisiones inconstitucionales pueden ser absolutas o relativas, dependiendo de si la inactividad normativa es total, o si existe algún desarrollo infraconstitucional del precepto de ejecución diferida pero defectuoso, únicamente en relación con determinadas situaciones o ciertos grupos, casos en los cuales mayoritariamente se produce una violación del derecho protegido en el artículo 33 de la Constitución Política, en que se protege el derecho a la igualdad.

Lamentablemente, tales ideas no han sido reiteradas ni en la sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto ni en la No. 2008-1739 de 6 de febrero (la primera con el Voto Salvado del Magistrado Jinesta Lobo, y la segunda con la de los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro) en las cuales se han discutidos sendas omisiones absolutas legislativas frente a los mandatos previstos en los artículos 170 y 72 de la Constitución Política.

En el primer caso, la Sala Constitucional se negó a declarar inconstitucional una inactividad legislativa frente a un mandato expreso con plazo fijo, en tanto que en el segundo se trataba de una inactividad de más de 50 años frente a un mandato implícito.

Es evidente que ambas decisiones suponen un severo debilitamiento a la noción de la Constitución como Norma Ju-

rídica y a su posibilidad de regular la actuación de los poderes constituidos.

Es distinto, sin embargo, el caso de las omisiones reglamentarias absolutas, en el cual la Sala Constitucional ha realizado dicho control mediante varios recursos de amparo, en los términos en que está previsto por el artículo 49 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Finalmente, es preciso mencionar que la Sala Constitucional ha extendido ese control no solo frente a las omisiones inconstitucionales, sino también frente a las omisiones de los poderes públicos que cercenan el alcance de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República.

Bibliografía

Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004;

Bidart Campos, G., El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editora Ediar, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1995;

De Vergottini, G., Derecho Constitucional Comparado, Universidad, Buenos Aires, 2005;

Díaz Revorio, F. J., La Constitución como orden abierto, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1997;

Díaz Revorio, F. J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Sociedad Anónima, Madrid, 2001;

Fernández Segado, F., La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza Socioeconómica?, en La inconstitucionalidad por omisión (varios autores), coordinador Bazán, V., Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, 1997;

Jinesta Lobo, E., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Responsabilidad Administrativa, Diké, Bogota-San José, 2005,

Kelsen, H., Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998,

Patiño Cruz, S. y Orozco Solano,V., La Inconstitucionalidad por Omisión, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004,

Rodríguez Fernández, J. J., La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI, Tecnos, Madrid, 2002;

Ruiz Miguel, C., Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004;

Véase Borrel Mestre, J., La inconstitucionalidad por Omisión, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Age□ncia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006;

Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, McGraw-Hill, Madrid, 1997;

Wessel, W., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBI), cuad. 6, 1952.

Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

Sentencia No. 101-90 de 30 de octubre de 1990;

Sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo;

Sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto;

Sentencia No. 2005-14522 de 21 de octubre;

Sentencia No. 2006-3238 de 10 de marzo;

Sentencia No. 2008-1739 de 6 de febrero.

La lid constitucional

Patricio Alejandro Maraniello

Sumario: I. Introducción. II. La lid constitucional. 1. Concepto y características. 2. Lid entre artículos de la CN. 3. Lid entre la CN y los TIJC. 4. Responsabilidad internacional. 5. Procedimiento. III. La complementariedad de los TIJC. IV. Juicio de comprobación. V. Diferencias entre el control de constitucionalidad y la lid constitucional. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

Toda interpretación de la Constitución Nacional debe tener en cuenta la letra, la finalidad y la dinámica de la realidad.[1]

A los efectos de desarrollar una correcta interpretación de los puntos señalados en el párrafo anterior, uno de los temas más significativos es, sin duda, el relativo a la voluntad del legislador o del constituyente.

Ante ello, no debemos olvidar que la voluntad se encuentra protegida por la integralidad, es decir, toda norma materia de análisis debe ser considerada en forma total y no parcial para conocer con exactitud la intencionalidad del normativizador en sus objetivos y fines. Pues, ante todo, es importante recordar que es menester dar pleno efecto a la intención del legislador.[2]

Al respecto, existe una máxima latina que dice "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", es decir, no cabe al intérprete hacer decir a la ley lo que la ley no dice. Del mismo

1 Fallos 320:2701 (10/12/1997).

2 Fallos 234:482; 295:1001, y otros.

modo, no podemos obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean.

De igual manera, no podemos, por vía de interpretación, realizar suposiciones sobre la voluntad del legislador o del constituyente ni tomar las falencias normativas como un olvido; de allí que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen ni en el legislador ni en el constituyente, y por esto se reconoce, como principio, que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero aquel que las concilie y las deje a todas con valor y efecto.[3]

Ahora bien, pero que ocurre cuando existe: 1) Lid —controversia— entre diversos artículos de la Constitución, o 2) Lid entre algún artículo de la Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (en adelante TIJC).

II. La Lid Constitucional

1. Concepto y características

La palabra lid proviene del latín lis o litis, que significa combate, pelea, disputa, contienda de razones y argumentos. Y precisamente en derecho la lid es un choque normativo donde existen argumentos y razones de ambas partes, donde el juez deberá resolver por algunas de ellas dentro de un todo.

En el ámbito constitucional, denominamos lid a todo conflicto interconstitucional, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución. Dichos conflictos pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional (en adelante CN) o entre alguno de sus artículos y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En este último caso, debemos tener en cuenta la responsabilidad internacional que tal extremo podría acarrear para nuestro país.

Dejamos fuera de nuestro análisis los conflictos entre la Constitución Nacional y los tratados con rango superior a la ley (en adelante TSL) —enunciados en la primera parte del art. 75, inc. 22 y los tratados de integración del art. 75, inc. 24 de

la CN— pues a ellos, al estar en un rango inferior a la CN, los denominamos conflictos extraconstitucionales.

En el caso de no aplicar un artículo de la CN o de los TIJC alteraremos el antiguo pensamiento, en el que no puede presumirse que exista alguna cláusula de la Constitución que esté pensada para no tener efectos y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible, pero esta problemática la resolveremos en los puntos siguientes.

No cabe duda que deberá haber, como elemento esencial, un incontrastable y palmario argumento fáctico y jurídico para no tener en cuenta —en el caso concreto— una parte de la Constitución Nacional o de los TIJC. Allí los jueces deben considerar que el caso reviste una seria gravedad institucional que debe ser resuelta no ya de *última ratio* —como el control de constitucionalidad— sino de *extra ratio*. Y, precisamente, en todo argumento que no revista esta característica, la acción debería ser rechazada.

Los requisitos esenciales que debe tener una lid constitucional son los siguientes: 1) probar extrema necesidad, 2) tener una urgencia real y palmaria, 3) la decisión en el caso deberá ser necesaria, forzosa e ineludible —teoría de la inevitabilidad—, y 4) una contradicción entre artículos de la CN, de los TIJC, o entre la CN y los TIJC.

Ahora bien, controlados que fueran los requisitos esenciales de la lid constitucional, tendremos que efectuar una nueva y más renovadora visión a la inconsecuencia o falta de previsión, pues de algún modo ante un choque entre artículos constitucionales o entre la Constitución y los TIJC, estaremos siempre dejando de aplicar una parte de aquélla por ser contraria a otra de sus partes, cuya contradicción el constituyente no previó.

Estos choques constitucionales son más proclives que ocurran, precisamente, en países como la Argentina donde se han realizado las reformas constitucionales como agregados o enmiendas y no como nueva Constitución; seguramente la contradicción puede darse, si tenemos en cuenta que a cada mo-

dificación constitucional se le incorporan pensamientos y opiniones que *aggiornan*[3] la Constitucion histórica.[4]

Esto se acentúa cuando las modificaciones constitucionales se elaboran sobre la base de las llamadas "cláusulas pétreas" donde no se permite una adaptación de los anteriores artículos constitucionales a los nuevos objetivos y designios.

2. Lid entre artículos de la CN

En cuanto a la lid entre artículos de la propia CN, debemos decir que en el camino hacia la solución no se pronunciará una derogación de un artículo de aquélla, pues esa tarea le atañe al Poder Constituyente, pero los Poderes Constituidos son quienes la interpretan y aplican sin ostentar facultades derogatorias constitucionales.

Pero en su función interpretativa y aplicadora un juez puede dejar de aplicar un artículo de la CN para aplicar otro; de hecho esto fue una tarea muy añosa realizada por la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace a sopesar la aplicación de una parte de la Constitución. Tenemos por ejemplo, lo resuelto a mediados del siglo XIX en el *leading case* "Plaza de Toros" en el que existía un conflicto entre el derecho a comerciar libremente (art.14, CN) y la salud pública y el bienestar general (Preámbulo); allí la Corte se inclinó por este último.

3 *Aggiornamento* es una palabra italiana que significa "poner al día", "actualizarse", "renovarse". Fue uno de los términos clave que fueron utilizados durante el Concilio Vaticano II , tanto por los obispos y sacerdotes que asistían a las sesiones como por los medios de comunicación y vaticanistas que lo cubrían. Fue el nombre dado al programa pontificio de Juan XXIII en el discurso que pronunció el 25 de enero de 1959, y fue utilizado con espíritu de cambio y apertura de mente.

4 Como lo es la Constitución histórica Argentina de 1853/60, considerada la quinta Constitución vigente más antigua del mundo.

3. Lid entre la CN y los TIJC

La CN y los TIJC forman parte de un todo, denominado "bloque constitucional", como una cadena sucesiva de elementos interconectados. De ahí que en materia de derechos humanos no exista más una pirámide constitucional en cuya cúspide esté la Constitución Nacional, sino un trapecio en cuyo punto más elevado se encuentran aquélla y los doce (12) TIJC.

Sin perjuicio de ello, existen distinciones constitucionales enunciadas en el art. 75, inc. 22 (condiciones de su vigencia, complementariedad y no derogación de la primera parte de la CN), que nos llevan a separar la lid entre la CN y los TIJC de la lid entre la CN y los TSL.

Es decir, cuando estamos frente a una lid constitucional entre la CN y los TIJC debemos tener en cuenta las condiciones de la vigencia del tratado y que los tratados no derogan la Constitución, sino que son un complemento para mejor los derechos humanos enunciados en ambos instrumentos.

Muy recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso del "aborto no punible" del 13/03/2012, en el considerando 7º ha dicho que *"...considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional)…"*.

4. Responsabilidad Internacional

Muchas veces se confunde esta problemática y se resuelve sobre la base de las jerarquías o de la supremacía, y esto resulta inexacto —como ya se dijo— si tenemos en cuenta que ambas tienen la misma condición.

Lo correcto en una lid constitucional sería resolverlo desde un análisis de armonización constitucional y no desde la supremacía constitucional, donde el juez debe decidir la inaplicabilidad del artículo de la Constitución o del tratado interna-

cional con jerarquía constitucional al caso concreto planteado en la causa —al igual que el punto anterior—.

Mientras que si estamos frente al control de constitucionalidad se declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la norma infraconstitucional, con la salvedad de que en algunas provincias dicha declaración produce la caducidad de la norma (Neuquén, Santiago del Estero). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son *erga omnes,* ante una sola declaración que efectúe el tribunal, la norma queda derogada desde la publicación en el Boletín Oficial. En otros regímenes provinciales se exigen dos declaraciones consecutivas y la publicación de la sentencia en el mencionado Boletín (Chubut).

En la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 113, inc. 2º de la CN prevé que la declaración de inconstitucionalidad de la norma produce la pérdida de su vigencia, salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses contados a partir de la fecha de la sentencia declarativa, por el voto de los dos tercios de los miembros presentes; esta ratificación no altera los efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso.

Por otra parte, existe la posibilidad de una controversia entre la CN y los TSL; en este caso podrá declararse la inconstitucionalidad de la norma inferior por contradecir la Constitución Nacional, debiendo tener en cuenta la gravedad de la situación atento la responsabilidad internacional que ello traerá aparejada.

Como ya dijimos, muchos dudarán sobre la inaplicabilidad de los TIJC o sobre la inconstitucionalidad de los TSL por las consecuencias que ello irrogue, es decir, existe un problema en cuanto a la responsabilidad internacional de la Argentina frente al incumplimiento de un instrumento internacional, enunciado en el art. 27 de la Convención de Viena.

Pero no podemos paralizarnos, porque la consecuencia inmediata del miedo es la paralización, por ello, puesto que en este caso particular seguramente estamos frente a una doble responsabilidad: a) la interna (nacional) ante los tribunales nacionales y b) la externa (internacional) ante tribunales extranjeros o internacionales.

Esto resulta aplicable en todo tipo de tratado internacional, pues la responsabilidad externa no varía si estamos frente a un derecho internacional con jerarquía constitucional o de rango superior a la ley; lo que varía es el trato cuidadoso y minucioso que debe tener la cuestión, ya que estamos resolviendo temas atinentes a los derechos humanos.

Es por ello que el Poder Judicial debe velar por la protección de los derechos humanos y no por la irresponsabilidad estatal en la errónea incorporación de un tratado internacional. El juez debe cumplir las pautas constitucionales y, en su caso, no aplicar la CN o los TIJC en aras de un mayor realismo jurídico.

En sentido contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 12 del caso "Giroldi"[5] dijo expresamente: "*...que a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de la jurisdicción— aplicar los tratados internacionales* a *que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad frente a la comunidad internacional…*". En otro caso la Corte ha dicho que "*reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales*". [6]

Este comentario podría llevar a que los jueces deban aplicar obligatoriamente los tratados internacionales por encima de la Constitución, sean éstos de jerarquía constitucional o de un rango superior a la ley, porque de lo contrario estarían incurriendo en responsabilidad internacional. Ello no resulta viable por ser una función que no les compete a los jueces, es decir, no deben evitar responsabilidades ni internas ni externas, sino aplicar en forma armoniosa el bloque constitucional.

Con esto no estamos diciendo que los jueces no deben valerse de los tratados internacionales, sino todo lo contrario, se deberán aplicar en forma armónica con la Constitución Nacio-

5 La Ley, 1995-D, 462.

6 CSJN "Riopar S.R.L. vs. Transportes Fluviales Argenrio S.A.", sentencia del 15 de octubre de 1996. La Ley, 1997-A, 227.

nal. Nunca se pensó que un juez debe aplicar un tratado internacional, aunque sea contrario a la Constitución, para evitar la responsabilidad del Estado, ello sería un verdadero desatino.

5. Procedimiento

La lid constitucional no se resolverá por medio de la aplicación de la supremacía o jerarquía constitucional ni se efectuará un control de constitucionalidad, sino un "examen o test de armonización constitucional". En dicho examen resulta también aplicable el control de convencionalidad, tomado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Mazzeo",[7] que sigue a su vez los lineamientos del caso "Almonacid" de la CIDH. Al respecto se deber tener en cuenta que dicho control no suplanta el examen o test de armonización constitucional, sino por el contrario, lo complementa y lo ayuda para una mejor utilización del derecho.

Para Sagüés[8] al haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armoniosa entre unas y otras reglas. Eso es una norma de sentido común, universalmente aceptada y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balancearlos —aun haciendo esfuerzos hercúleos— a compatibilizarlos y a lograr que convivan.

La consecuencia ante dichas divergencias ya no es la declaración de inconstitucionalidad, como habitualmente se realiza cuando un instrumento está en contra de la Constitución (pues los TIJC son parte de ella), sino la inaplicabilidad, sea, en su caso, de la Constitución o de los TIJC.

7 Fallos 330: 3248 (2007).

8 SAGÜÉS, Néstor, "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", JA 1998-IV-316.

La inaplicabilidad de los TIJC puede darse por dos motivos diferentes: cuando el Estado no prevé que al incorporar el tratado produce una contradicción con la Constitución o cuando aquélla surge posteriormente por una situación sumamente particular y específica que aparece en una causa determinada de muy difícil previsión.

En ambos casos el accionante tiene la carga de probar la falta de previsión o inconsecuencia de la ley, donde ello no se presume, sino que hay que demostrarlo fáctica y jurídicamente.

III. La complementariedad de los TIJC

El constituyente de 1994, en su art. 75, inc. 22 ha establecido que los tratados allí descriptos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Por lo tanto, si los tratados no derogan ningún artículo de la Constitución, tampoco la aplicabilidad de aquélla en contra de un tratado los estaría derogando, sino que en ambos casos lo que estaríamos realizando sería la aplicación de la complementariedad. Cuando el inciso citado habla sobre la complementariedad de los TIJC quiere significar que éstos deben ayudar a mejorar la Constitución y no a entorpecerla ni limitarla, y menos a derogarla, si tenemos en cuenta que el complemento sirve siempre para mejorar al principal —la Constitución—.

IV. Juicio de comprobación

El juicio de comprobación es un control constitucional político previo realizado por el Poder Constituyente o por el Poder Legislativo, en ocasión de incorporar un tratado con los TIJC.

La misma Corte ha dicho en el caso "Monges"[9] que "… *Es pues, el Estado nacional el que ha de velar porque las normas internas no contradigan la norma del tratado internacional con jerar-*

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) *in re* "Monges, Analía M. vs. Universidad de Buenos Aires", del 26/12/1996.

quía constitucional" […] *"Que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". "Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir". "Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir…".*

V. Diferencias entre el control de constitucionalidad y la lid constitucional

Lid constitucional	Control de Constitiucionalidad
• *Conflicto interconstitucional* (entre di-versos artículos de la CN o entre algún artículo de la CN y los TIJC). • *Extra ratio* (probar extrema necesidad y la urgencia real y palmaria. Teoría de la inevitabilidad). • *Paso previo de la lid*, los TIJC deberán: a) tener plena vigencia, b) ser comple-mentarios a la CN, y c) no derogar nin-gún artículo de la primera parte de la CN. • *Garantizar la armonización constitu-cional* **(velar por la armonización y no contradicción dentro del bloque constitucional).** • *Falta de armonización e inaplicabilidad de la norma constitucional o con jerar-quía constitucional***.** • *Responsabilidad interna* y externa (ante órganos internacionales) en los casos en los que la inaplicabilidad sea de alguno de los TIJC.	• *Control extraconstitucional* (entre la CN y cualquier norma infraconstitucional). • *Ultima ratio* (que no exista otro modo de resolver el conflicto —teoría de la evitabilidad—). • *Paso previo del control*, la ley deberá: a) tener vigencia y eficacia, y b) concentrar todo el plexo normativo. • *Garantizar la supremacía constitucional* (velar por el respeto y la vigencia del bloque constitucional). • *Inconstitucionalidad de la norma infe-rior e inaplicabilidad de la norma infra-constitucional* (en algunas provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Ai-res), que siguen un sistema mixto, puede darse el caso de la derogación de la norma con efectos erga omnes). • *Responsabilidad del Estado*, en el orden interno.

VI. A modo de conclusión

Finalmente, la solución ante una lid constitucional que resulta más adecuada se inicia con un test de armonización, y de esta manera se deberá resolver la inaplicabilidad de la norma constitucional o de los TIJC que corresponda al caso concreto, teniendo en consideración el control de convencionalidad a tales efectos.

No debemos olvidar que frente a una lid constitucional debemos seguir, en primer término, la letra de la Constitución; luego, el fin y, por último, la dinámica. No cabe la interpretación en la que se considera que el conflicto haya sido por una falta de previsión o de conocimiento de las consecuencias que podría acarrearle a nuestro país la inaplicabilidad al caso concreto de una cláusula de los TIJC, pues la voluntad del constituyente no se presume, sino que se debe respetar.

Nuestro maestro Bidart Campos[10] ha establecido que *"… todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto —constitucional— tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro…" […]" A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este 'algo' de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el 'algo' que se le atribuye a otro o a otros"*.

10 BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, T. VI, ps. 560-561. Citado por Pizzolo, ob. cit.

Inconsistencias de la sala constitucional en materia de principios y valores

Gonzalo Pérez Salazar

Sumario I. Introducción II. Algunas disquisiciones teóricas sobre los valores y los principios constitucionales III. El ascenso y descenso de los principios y valores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional IV. Conclusiones

1.- Introducción

El objeto del presente trabajo es presentar algunas inconsistencias que hemos encontrado en el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al tema de la violación de los principios y valores constitucionales como argumentos para el ejercicio del control constitucional.

Para ello, comenzaré por hacer unas consideraciones generales sobre la importancia del tema de los principios y valores para el derecho procesal constitucional contemporáneo. Seguidamente, analizaré y criticaré 4 sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que evidencian las distintas etapas en el tratamiento de los principios y valores.

Considero indispensable partir de la premisa de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, incidió notablemente en el rol activista que han asumido los jueces como entes transformadores de la realidad social a través de la jurisprudencia, lo que es una consecuencia de la configuración del estado social de derecho y de justicia, la creación de la Sala Constitucional, el reconocimiento expreso del principio de supremacía constitucional, el carácter normativo de la Constitución, del sistema mixto de control

constitucional y del carácter vinculante de las interpretaciones sobre normas y principios constitucionales por parte de la Sala Constitucional.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se enmarca en las tendencias latinoamericanas que partiendo de la Constitución del Brasil, Colombia, Argentina, Bolivia y Ecuador, incluyeron un catálogo mayor de derechos y obligaciones al Estado, que excedían de las típicas Constituciones donde se limitaban a organizar el Poder Público y establecer límites al poder mediante cláusulas que se repetían y que servían de carta de presentación frente a los demás Estados, sin importar su materialización y restando un rol al Estado en la consecución de esos fines. Obviamente, esa tendencia latinoamericana tuvo su influencia directa en las Constituciones de Italia, Alemania y España de la segunda postguerra mundial, las cuales le dieron preponderancia a los DDHH como respuesta a las aberraciones cometidas durante esa triste etapa.

Entre otros problemas derivados del carácter axiológico de las Constituciones modernas está en que algunos valores han sido positivizados, como por ejemplo sucede con los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[1] y otros son inmanentes a las raíces histórico-culturales del pueblo venezolano. No obstante la positivitización de los valores en la Carta Magna, existe una jerarquización no explicada entre ellos, por ejemplo, el artículo 1 alude a los valo-

1 Los citados artículos de la Constitución de 1999, prevén: Artículo 1. *"La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus* **valores** *de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.*

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Artículo 2. *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como* **valores superiores** *de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".* (Resaltado mío).

res y el artículo 2 a los valores superiores, con lo cual pareciera que existen unos que están por encima de otros. Además, esos valores positivizados están incluidos en el Título I de la Constitución denominado "Principios Fundamentales", con lo cual, parece que su tratamiento es más de sinónimos que de categorías diferenciadas.

A pesar de esa clara carga axiológica de la Constitución, la legislación restaba valor normativo a los principios y valores, tal como se puede leer en su parágrafo 19 del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 de 20 de mayo de 2004, que expresamente prohíbe la invocación directa de la violación del principio de legalidad como motivo único de nulidad de un acto general o particular.[2] Sin embargo, como veremos, la Sala Constitucional ha superado esa retrograda tesis de la inexigibilidad de los principios y valores por su gran carga moral.

Tal como hemos dicho, otro factor que ha incidido notablemente en el tema de la interpretación constitucional ha sido la implementación de órganos especializados, como son los tribunales, cortes o salas constitucionales, los cuales han tenido un rol protagónico en la resolución de asuntos que antes eran considerados cuestiones políticas ajenas al control judicial, para dar el paso a un juez que no es simplemente la voz del legislador, sino que funge de agente transformador de la realidad por intermedio de la jurisprudencia.[3] En el caso venezolano, la Sala Constitucional ha sido configurada como un órgano especializado al que se le ha encargado la trascenden-

2 *"La infracción del artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podrá invocarse como fundamento de la acción o del recurso a que se refieren los procedimientos contenidos en las nulidades de los actos de efectos generales y particulares, sino cuando otra disposición de aquélla haya sido directamente infringida por el acto cuya nulidad se solicita"*.

3 Arturo Hoyos; *La Interpretación Constitucional*; Temis; Bogotá; Colombia; 1998, pág 37. Para Hoyos, *"el juez constitucional no puede alterar la forma de gobierno ni la estructura económica prevista en la Constitución. Tampoco puede desconocer la norma contenida en un texto más o menos claro. Pero la interpretación constitucional sí permite actualizar el ordenamiento constitucional sin que sean necesarias reformas frecuentes al mismo"*.

tal tarea de ejercer el control concentrado de la Constitución y el de ser el último intérprete de la misma, por ser sus decisiones vinculantes, aun para sus pares de las demás Salas que conforman ese Tribunal Supremo de Justicia.

Pero además, la sociedad exige respuestas a los problemas generados por el desfase que produce el acelerado cambio por el uso de la tecnología, la existencia de pactos internacionales sobre protección de derechos humanos (existencia de nuevos derechos como el uso de internet o ambientales) y la integración (comunitario o no), de allí que ante la lentitud del parlamento sean los jueces los llamados a ser los primeros en transformar esa realidad. Claro está, que se invierta la ecuación tradicional de que el parlamento era el primer intérprete de la Constitucional y se traslade a los tribunales constitucionales supone otra discusión, cuyo génesis es la legitimidad democrática de unos jueces que no son electos popularmente frente a unos funcionarios que si lo fueron.

Por si fuera poco, las Constituciones modernas están repletas de cláusulas abiertas, de textura abierta o conceptos jurídicos indeterminados, que amplían el margen discrecionalidad del juez en su interpretación, debiendo utilizar la razonabilidad y la proporcionalidad como límites a esa arbitrariedad a la que pudieran incurrir al interpretar y aplicar esas disposiciones.

Finalmente, el carácter axiológico de la Constitución irrumpe en todo el ordenamiento jurídico, de allí que, frente a la existencia de contradicción principios y valores en la solución de casos concretos se hace necesario buscar la solución en métodos distintos a los clásicos como el de subsunción, para dar paso a la ponderación.

2.- Algunas disquisiciones teóricas sobre los valores y los principios constitucionales

La doctrina más reciente destaca 3 momentos en el debate de los principios, todos a partir de las discusiones entre Dworkin-Hart a mediados de los años 60 del siglo pasado. El primer momento es el reconocimiento de la normatividad de los principios, que viene por la necesidad de que ese llama-

do juez "Hércules" consiga una solución única a pesar de que en los conflictos existan problemas éticos o morales que hagan presente mayor discrecionalidad en el juzgador. En el segundo momento, se destaca la identidad de los principios, ya que en algunas situaciones la norma y el principio se pueden confundir en su rol y es muy difícil diferenciarlos, por lo que aplicando las tesis de Alexy, esos principios serían "mandatos de optimización" mediante el método de ponderación y la reglas exigirían "cumplimiento pleno" mediante el mecanismo de clásica subsunción. El tercero momento, se representaría en el ascenso de los principios en el orden constitucional, lo que viene de la mano del constitucionalismo moderno, donde lo trascendental es la materialización de los derechos fundamentales, por lo que la doctrina ha tenido que ubicar su estudio desde las bases ontológicas que moldean todo sistema constitucional y concretizarla mediante mecanismos idóneos de interpretación y argumentación constitucional, por lo que el derecho se ha modificado de tal manera que hay una necesidad de identificar los principios que lo gobiernan.[4]

Es común observar como al abordar el tema de los límites de la interpretación constitucional se reitera, casi sin mayor justificación, que estos están en la propia Constitución y que en caso de dudas en los valores y principios que la inspiran[5]. Sin embargo, al momento de trazar esa frontera axiológica es que se presentan los mayores contratiempos, lo que ha supuesto abandonar las tesis clásicas, de la interpretación gramatical u autentica, para dar paso a otras que permitan romper ese desfase entre la norma y la realidad, por ello de que las disposiciones constitucionales tienen vocación de perdurar en el tiempo.

4 Pedro P- Grández, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2016, pp 22-36.

5 Ríos, Desirée J.; *La Acción de Interpretación Constitucional*; Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 13; Caracas; Venezuela; 2004; pág 177. Para esta autora el límite del juez constitucional está "*en el propio Texto normativo Fundamental, en los valores y en los principios, que pueden alcanzarse a través de la interpretación como mecanismo regulador de la labor jurisdiccional*".

En un extraordinario trabajo, el profesor Díaz Revorio resalta el carácter ambivalente de los principios y valores en la interpretación constitucional, pues "*amplían las opciones interpretativas, y señalan el marguen o límite de las mismas*". Respecto de esos límites a la discrecionalidad del intérprete, el autor propone cuatro "*cautelas*" que, a su vez, constituirían una fuente de legitimidad de las decisiones.[6]

a) Nunca puede perderse la conexión con el texto constitucional, "*de forma que la decisión final mantenga una clara relación con los valores constitucionales, esto es, pueda reconocerse como fundamentada en una concepción o definición de los mismos*".

b) Como consecuencia de la anterior, "*el Tribunal no puede crear nuevos valores sustantivos no explícitamente mencionados en el texto constitucional*".

c) Cuando se trate de valorar la constitucionalidad de una decisión del legislador, ésta debe considerarse acorde con el texto fundamental siempre que esté entre las varias soluciones que el mismo permite. (carácter político y naturaleza natural)

d) La decisión debe ser motivada, ya que a través del proceso lógico-jurídico, razonado, es que deriva su legitimidad, lo que en propias palabras del autor la motivación "*permite el control de la decisión por el pueblo*".

A pesar del enorme esfuerzo que hace el profesor Díaz Revorio de presentarnos unas "cautelas" a la hora de tener que interpretar valores o principios, se presentan problemas hasta ahora irresolubles, ya que no hay siquiera unanimidad en la definición, diferencia e interpretación de éstos. Sin embargo, debo remarcar ese notable aporte, con el cual comulgo en su mayoría.

El profesor Guastini, al exponer los argumentos que explican la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, resalta que si bien "*los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto jurídico por su contenido normativo, ya*

6 Díaz Revorio, Francisco Javier; *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid; 1997; pp 364-370.

que no se limitan a formular reglas, sino que establecen principios y/o proclaman valores",[7] estos valores y principios pueden estar expresados indistintamente en leyes ordinaria o en el Texto Fundamental. En tal sentido, de una lectura de las leyes que han sido dictadas estos últimos años en Venezuela, se evidencian artículos que se encargan de enunciar los valores o principios que se pretenden proteger en ellos, por ejemplo, los principios enunciados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Otro límite en la interpretación de los valores está dado por el valor normativo del preámbulo de la Constitución, sobre lo cual el profesor Guastini nos enseña, que existen de posturas distintas. La primera de ellas está referida a un problema dogmático más que interpretativo del preámbulo, por tener un carácter axiológico y no jurídico. La segunda apunta más al valor normativo de todo el texto constitucional, en que lógicamente se encuentra el preámbulo. Concluye el autor que ese remarcado carácter axiológico conduce a un problema más dogmático que interpretativo.[8]

De otro lado, Márquez sostiene que los valores, principios y cláusulas abstractas "*sí encauzan al intérprete constitucional – como sujeto abstracto dígase juez y legislador- a determinar la mejor interpretación del texto, aunque, en los juicios de constitucionalidad, es decir, en el caso del juez, estás no bastan por si solas para vetar de inconstitucionalidad una disposición o texto normativo*".[9]

Acerca de la discrecionalidad que genera en el intérprete la valorización de la Constitución, el profesor Ferrajoli señala que esos valores fungen como "*esfera de lo decidible*", es decir,

7 Guastini, Ricardo; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*; Minima Trotta; 2da Edición; Madrid; 2010; pp. 55-56.

8 Guastini, Ricardo; op cit; pp. 95-96. Puede ampliarse el carácter axiológico del preámbulo de la Constitución, en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: A*sodeprivilara*.

9 Carmen María Márquez Luzardo; *Interpretación Evolutiva de la Constitución y teorías de la interpretación constitucional*; Konrad Adenauer Stifung; Caracas; 2014; Pág 118.

limitan la discrecionalidad de los poderes y su interpretación debe ser coherente con la Constitución.[10]

No es tarea sencilla establecer límites a la discrecionalidad del intérprete al momento de resolver casos difíciles, bien por conflicto entre principios y valores, por lagunas del ordenamiento jurídico, de presencia de cláusulas abiertas o conceptos indeterminados del derecho. Para ello, la doctrina moderna ha incluido a la ponderación como un método de solución de esos problemas, que permiten para algunos dar prevalencia de un principio frente a otro cuando se esté en pugna e incluso tratar de que para futuros casos se apliquen para lograr mediante un conjunto de "reglas de prevalencia condicionada" que se logre uniformidad, aunque es indispensable advertir, que en casos difíciles la casuística es la nota imperante.

En mi criterio, frente al dilema de mayor discrecionalidad mayor arbitrariedad, el límite de la ponderación u otros métodos para combatir los problemas que se generan por la discrecionalidad del órgano decisor, se encuentra en la formación ética del juez (cosa no resuelta en mi país, donde la escogencia de los Magistrados se hace por afinidad política más que por méritos académicos y morales) y en la correcta argumentación de la sentencia (cosa tampoco resuelta en mi país, pues sólo se resuelve con argumentos de autoridad)

3.- El ascenso y descenso de los principios y valores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional

He diferenciado 4 posiciones distintas de la Sala Constitucional en el tratamiento de los principios y valores constitucionales.

3.1.- **Restrictiva:** La primera fase que debo mencionar es la originada por la sentencia de la Sala Constitucional N° 833 del 25 de mayo 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía de Chacao*, que resolvió la acción de amparo constitucional ejercida

10 Ferragoli, Luigi; Garantismo; Trotta, 2009, 2da. Edición, Trotta, 2009; Pág 66.

contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo un errado argumento de imposibilidad del juez ordinario de desaplicar normas fundadas en principios constitucionales o interpretaciones efectuadas por éstos, que a la letra expresa:

> "*Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación,* **no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso**. *Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado*". (Resaltado mío)

Considero que la aludida sentencia es limitativa e inconstitucional –y con ello rememoro aquel extraordinario libro titulado ¿Normas constitucionales inconstitucionales? de Otto Bachof- pues el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es claro al establecer un mandato al juez ordinario de asegurar su integridad, mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, lo que supone aplicar preferentemente la Carta Magna en caso de incompatibilidad con la ley. Ahora bien, ¿cómo puede cumplir ese mandato el juez ordinario si no puede interpretar principios constitucionales?, es que acaso ¿existe alguna norma que expresamente se lo impida? Para mí las dos respuestas son obvias, pues se extraen la de la simple lectura de la Constitución, es un mandato claro, que en mi criterio no genera duda, por lo no existe restricción alguna para que el juez cumpla con su obligación de interpretar la Constitución, y en esta operación por supuesto están las normas, reglas, valores y principios en ella contenidos. Por ejemplo, si utilizamos esa tesis, cómo re-

solvería el juez tributario la incompatibilidad de una norma que cree un tributo reservado al Poder Nacional, si no puede interpretar el principio de reserva legal y de legalidad tributaria.

Es limitativa, ya que impone una restricción de los sujetos que pueden interpretar la Constitución, abrogándose la propia Sala Constitucional un monopolio interpretativo que no detenta. Si bien, es cierto que es innegable el efecto vinculante de las sentencia dictadas por la Sala Constitucional en materia de interpretación de principio y valores constitucionales, ello no excluye que otros sujetos puedan interpretarla, por lo que este órgano especializado no es el único custodio de la Constitución.

Pero además, la sentencia anterior es contradictoria, pues confunde la labor interpretativa de todos los jueces con los controles de constitucionalidad. En efecto, si tenemos en cuenta que el sistema de control constitucional venezolano es mixto, es decir, coexisten el control concentrado en cabeza de un órgano especializado (aunque no es el único) y el control difuso en cabeza de todos los jueces de la República incluyendo a ese órgano especializado en materia de justicia constitucional, podemos llegar a la conclusión de que sería materialmente imposible que los jueces puedan ejercer esa obligación de salvaguardar la integridad constitucional si se les impide ejercer interpretaciones propias, ello atentaría contra uno de los valores superiores del estado, a saber, dictar un fallo justo y atentaría de forma directa con el principio de supremacía constitucional, sobre el cual se ha gestado toda esta nueva tendencia de que la labor interpretativa debe partir de la norma fundamental.

El efecto de esa sentencia ha sido el de generar una auto restricción (*self restriction*) del juez ordinario cuando se tope con una incompatibilidad entre una norma de rango legal o sub legal y una de rango constitucional, lo que le impediría por efecto disuasivo ejercer el debido control difuso de constitucionalidad para resolver ese caso en concreto y por ende dictar un fallo justo.

b.- **Ideológico**: La segunda fase que he identificado es la que surge a raíz de una de las sentencia líderes de la Sala

Constitucional, identificada con el N° 1.309 del 19 de julio de 2001, caso: *Hermann Escarrá*, con ponencia del maestro José Manuel Delgado Ocando, en la cual, resolvió la "*Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación*", haciendo referencia la Constitución y la teoría de interpretación jurídica, en los términos siguientes:

> "*La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver- fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano.* **Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.**
>
> Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Cons-

> titución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Ver- fassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem" (negritas propias).

Considero que esta sentencia lapida de manera fulminante los métodos de interpretación constitucional, al limitarlo únicamente al ideológico bajo un criterio erróneo y restrictivo, producto de utilizar de manera sesgada y con citas incompletas las sabias enseñanzas de Wrowleski. A partir de esa sentencia queda restringida la utilización del método gramatical, histórico, funcional y sistémico, para dar prevalencia a la "ideología imperante" la cual es determinada por un grupo de 7 Magistrados que no son electos por el pueblo, que interpretan a su antojo la Constitución y que creen que no tienen límites expresos o tácitos para respetar a las minorías o simplemente a ciudadanos que piensan de forma distinta.

Lo antes dicho puede perfectamente ser comprobado con cualquiera de las sentencias de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional, en las que no se alude jamás a elementos socio-culturales o históricos venezolanos para justificar el pronunciamiento, salvo citas fuera de contexto como argumentos de autoridad de algún prócer de la in-

dependencia, de la biblia o hasta del papa mismo. Ante ello, quienes pensamos que es importante utilizar el método histórico u originalista como mecanismo de interpretar las normas como pensaban los precursores de la misma y bajo los valores y principios que la inspiraron, simplemente no tendríamos cabida. Pero además, el método gramatical, que es generalmente el primero al que se enfrenta el intérprete, por cumplimiento del viejo adagio de que en norma clara no se admite interpretación, no podría utilizarse, pues cede lo que el texto consagra frente a la realidad que se desee imponer con su reinterpretación, bajo una suerte de *over living constitucion*. Finalmente, que importa el método sistémico, que trataría de interpretar la norma dentro del sistema o buscar su funcionamiento en el contexto en el que fue dictada, pues de lo que se trata es de complacer a la "mejor doctrina política imperante", la cual, como vemos depende dela tendencia política, que no jurídica, de los intérpretes de turno.

c.- **Axiológico**: En tercer lugar, destacó la fase axiológica, que se afianzó a raíz de la sentencia N° 2152 del 14 de noviembre de 2007, caso: *Antonio Ledezma*, mediante la cual, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado contra el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que regula "*la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales"*, partiendo del siguiente análisis axiológico de la interpretación constitucional:

> "Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.
>
> *Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una su-*

> *premacía sustentada en el hecho de que* **la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución**.
>
> (…omissis…)
>
> *De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25, 131, 137 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.*
>
> *(…omissis…)*
>
> *Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran"*. (Resaltado mío)

La anterior jurisprudencia remarca el contenido axiológico de la Constitución, al reconocer la positivización de los principios y valores constitucionales, los cuales no solo actuarían como principios de optimización del ordenamiento jurídico (Alexy), sino que por su exigibilidad y normatividad, justificarían la inconstitucionalidad de actos contrarios a aquellos.

Esto que podríamos calificar como el "ascenso de los principios constitucionales", introduce nuevas herramientas al es-

quema interpretativo, ya que ante la existencia de norma de textura abierta o choques entre principios, no puede utilizarse como método único el de la clásica subsunción, sino incluir a la ponderación y a la proporcionalidad, como límites a la gran discrecionalidad que produce en el intérprete.

Pienso por ello, que no debe limitarse la interpretación a los métodos tradicionales, sino incluir a la ponderación como fórmula de resolución de casos difíciles, trágicos o complicados que son sometidos a su conocimiento y en los cuales está presente una colisión de principios que no puede convertirse en una excusa para no decidir, pues insisto, un valor superior del Estado es la justicia y sólo se logra impartiéndola. Esto no quiere decir que deba dejarse a un lado los elementos gramatical, histórico, lógico o evolutivo, sino que, para lograr concretizar ese valor justicia, debe acudirse a cualquier método –aunque sea metajurídico– y reconocer que la sociedad exige respuestas concretas y los cambios no pueden sobrepasar a quienes en sus manos tienen esa responsabilidad, es ente caso el juez ordinario o el juez constitucional como intérpretes de la Constitución.

Ahora bien, el carácter axiológico de la interpretación constitucional (ante la existencia de disposiciones de textura abierta), no puede conducir a una patente de corso al intérprete para elegir un significado cualquiera de una disposición constitucional, por el contrario, no puede en ningún momento vaciarla de contenido, ni mucho menos interpretarla aisladamente del resto de la Constitución o de otras disposiciones legales, de allí que deba hacerse *in totum*.

En mi criterio, existe una crisis del parlamento, expresada en la tardanza de dar respuestas a las exigencias de la sociedad (en el caso venezolano, la legislación del ejecutivo vía ley habilitante), producto quizás de la propia dinámica parlamentaria o falta de consensos necesarios, lo que ha contribuido a que el juez adquiera un rol activo en la creación de derecho a través de sus decisiones, las cuales, en la mayoría de las veces son generadores de cambios que luego son positivizados en leyes o incluidos en el catálogo de sentencias vinculantes de la Sala Constitucional. No obstante, ese rol activista del juez, no puede convertirse en una discrecionalidad absoluta. Para

evitar esa discrecionalidad, el juez debe argumentar su decisión, debe superar un test mínimo de constitucionalidad, debe solucionar ese caso concreto, por lo que debe ser ponderado, coherente y prudente en su decisión.

d.- **Irrazonabilidad principalista**: En cuarto lugar, destaco la reciente sentencia N° 264, de 11 de abril de 2016, mediante la cual la Sala Constitucional resolvió el control previo de la constitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, sancionada por la Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2016, únicamente por violación a principios constitucionales.

Esa sentencia, comienza en el punto 2 de la motivación para decidir titulado "Principios y garantías constitucionales", por hacer disquisiciones acerca de la jurisdicción normativa por integración de la norma al ordenamiento jurídico utilizando esquemas entre moral y derecho, al señalar que:

> *"No obstante, en el examen y aplicación de tales normas, el juez se encontrará con obscuridades y ambigüedades, debiendo aclarar correctamente los términos de la ley a la luz, de la Constitución, de su texto y su contexto; pero de igual modo, existen casos en los que el juez puede no conseguir una norma en la cual subsumir la controversia planteada, correspondiéndole, entonces, elaborar la norma para dar una solución pacífica al conflicto, situación en la cual, la comunión de funciones y las coincidencias históricas, harán de las normas morales un recurso más que apropiado para elaborar la norma con la cual integrar el derecho (vid. Sentencia de esta Sala número 1.806/2008), como parte de los instrumentos de los que dispone la técnica jurídica en la búsqueda de otros medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia"*

Esa jurisprudencia parece que descubrió el agua tibia al incorporar la moral para la resolución de los casos difíciles, claro está 40 años después de que se diera el debate en la doctrina. Pero, los argumentos que utiliza la Sala Constitucional son para justificar la existencia de conflictos entre principios y valores que se antagonizan en algunos casos difíciles. El fallo, en este punto expresa:

> *"Ahora bien, frente al conflicto entre los referidos valores y principios constitucionales, tanto la propia Constitución como la experiencia legislativa y jurisprudencial han optado por tutelar la justicia y la preeminencia de los derechos humanos como valor preponderante".*

Finalmente, en esas primeras líneas de sustentación teórica de la sentencia, incluye a la ponderación como método para solucionar los conflictos entre principios y valores, así como a la proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la discrecionalidad del legislador. El fallo señala al respecto:

> *"Es así como, aún en el marco de la ponderación que se realice tratando de satisfacer fines constitucionalmente legítimos y de similar o mayor importancia que los bienes jurídicos penales cuya responsabilidad se pretende olvidar, la amnistía ha de cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad a los que debe someterse todo acto del poder público que incida en la vigencia de los derechos fundamentales, y, en esa medida, visto el propósito de la menor afectación posible al contenido de los derechos humanos, una ley de amnistía no podría consagrar el perdón de hechos encuadrados en delitos que expresen un manifiesto desprecio por la vida, la integridad y la dignidad de las personas, ya que ello supondría desconocer la vigencia de tales derechos, utilizando la amnistía para sustraer de la acción de la justicia a determinadas personas, y afectando el derecho de acceso a la justicia de los perjudicados por los actos amnistiados".*

Ya en la parte resolutoria del fallo, la Sala Constitucional sustenta la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, en la violación de los principios de legalidad y tipicidad (artículo 49.6 CRBV), de los principios de justicia y responsabilidad (insólitamente cita el artículo 3 de la Constitución Española y los artículos 2 y 3 de la CRBV, que no se parecen ni en su contenido ni en sus efectos prácticos y el principio de soberanía (que no es más sino una violación a las sentencias que han declarado inejecutables algunas sentencias de organizamos internacionales).

Debo reconocer que mi rechazo frente al argumento de violación del principio de soberanía hubiese sido casi automática hace algunos meses, pues la doctrina contemporánea ha venido debilitando a la soberanía como un elemento fundamental del Estado, ello a partir de la incorporación de los organizamos multilaterales en materia de DDHH, económicos y penales, así como por efecto de la propia integración regional y la globalización.

Ahora bien, hay 4 temas que me hacen repensar mi respuesta automática y ponerle un paréntesis para un análisis más profundo, a saber: 1) La falta deliberada de apoyo presupuestario a la CIDH, que ha incidido en que tuvo que despedir el 40% de su personal en 2016, lo que obviamente es una política de los Estados miembros de la CADH para que sea inoperativa; 2) La salida de Gran Bretaña de la CEE, por obra del Brexit este mismo 2016, bajo argumentos de soberanía; 3) La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Medellín vs Texas donde por intermedio de un *certioriari* declaró inejecutable una sentencia de la Corte Penal Internacional sobre la violación de los derechos humanos a ciudadanos extranjeros detenidos a los que se les condenó sin notificar a sus embajadas y; 4) La posibilidad de denuncia de República Dominicana de la CADH por obra de los casos de los haitianos, bajo argumentos de violación de su soberanía.

Esa sentencia además, incluye en un error grotesco al citar como precedentes la jurisprudencia de la CIDH en el caso Gelman vs Uruguay, en invocar otras 5 sentencias, que precisamente han servido de génesis del denominado control de convencionalidad, para llegar a una conclusión absolutamente distinta a la que pregonan.

Cerrar la vía de la amnistía es cerrar el proceso que seguramente beneficiaría a los que dictaron ese aberrante fallo, lo que va en contra del desarrollo armonioso de la sociedad, que busca diálogo y entendimientos, frente a la aplicación de tesis marxistas retrogradas de desconocimiento del adversario y de aplicación del derecho penal del enemigo.

4.- Conclusiones

La Constitución de Venezuela tiene una gran carga axiológica, por la positivización de principios y valores que expresamente son reconocidos, por lo que son de exigibilidad inmediata y son más que principios de optimización del ordenamiento jurídico. Incluso, pudiera pensarse que en algunos casos esos principios tienen una carga normativa similar a las de las reglas.

No existe distinción entre valores y principios constitucionales, pues los mismos son tratados como sinónimos por el texto Fundamental, ya que el Título I denominado Principios Fundamentales, regula en su articulado los valores y valores superiores sin distingo entre su jerarquía axiológica o prevalencia.

Las 4 fases que se identifican en el tratamiento de los principios y valores constitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pasan de un monopolio exclusivo de ese órgano especializado para su interpretación, a un marcado carácter ideológico para su protección, para luego dar paso a una fase de ascenso a los principios y valores y finalmente enterrarlos con interpretaciones contrarias a todo sentido común y a la ética republicana.

Estándares constitucionales del debido proceso en la Constitución venezolana de 1999

Jorge Kiriakidis

"(…) **38. Ningún alguacil pondrá en lo futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que se produzcan testigos fidedignos para probarla.**

39. Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

40. A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia.

(…) 45. Nombraremos jueces, comisarios, sheriffs o alguaciles, **tan solo a los que conozcan las leyes del reino y los medios observarlas bien.**

(…) 52. Si alguno, sin previo juicio legal de sus pares, ha sido desposeído o privado por Nos **de sus** tierras, castillos, **libertades o derechos, se los restituiremos inmediatamente**; (…)"

Carta Magna Runnymede, entre Windsor y Staines, Inglaterra, 15 de junio de 1215 [1]

1 Texto tomado del Portal Oficial de la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional de México (UNAM) en el enlace: *http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf*

Sumario. Introducción. I. el artículo 26 de la Constitución: Acceso a la justicia y la Tutela judicial efectiva. II. el artículo 49 de la Constitución: el Derecho al Debido Proceso y sus distintas garantías o elementos. III. el artículo 257 de la Constitución: dos principios generales y un mandato de optimización dirigido especialmente al Legislador en torno a la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, y el establecimiento de procedimientos breves, orales y públicos. Balance

Introducción

La función de administrar justicia es una de las funciones primordiales de todo Estado Moderno. Componer los conflictos que surgen entre los sujetos que conforman el entramado social es un modo de preservar la paz, promoviendo la prosperidad y el bienestar (todo esto fines del Estado conforme al artículo 3 de la Constitución). Y resulta aún más importante si, como es el caso de Venezuela, el Estado se define como un *"Estado democrático y social de Derecho y de Justicia"* (artículo 2 de la Constitución de 1999).[2]

A la función se refiere de modo concreto el artículo 253 de la Constitución venezolana de 1999 del modo siguiente:

> "Artículo 253.- La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedi-

2 "*Artículo 2.-* **Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia***, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político."*

mientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. (…)"

Pero es importante entender que esa función la ostenta el Estado no como concesión o una gracia a los ciudadanos, por el contrario, ella es una obligación que asume el Estado por encargo de los ciudadanos. Esa obligación responde al derecho que tienen las personas de acceder a la justicia para resolver sus conflictos y obtener del Estado una solución efectiva de los mismos.

Al derecho de acceder a esa función y a la realización de la justicia se refiere, a su turno, el artículo 26 de la Constitución del modo siguiente:

> "Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (…)"

El punto de encuentro entre el *derecho de acceder a la justicia* y a obtener una solución efectiva de los conflictos y *la función de administrar justicia* se produce en los procesos judiciales. **Es a través del proceso judicial que el Estado realiza su función de administrar justicia y es a través de los procesos judiciales que el justiciable accede a la justicia y obtiene la solución a sus conflictos intersubjetivos**.

Así, es en el proceso judicial donde confluyen las dos dimensiones constitucionales de la justicia. En definitiva, la justicia a la que se refiere la Constitución (en tanto que *función* o como *derecho*) se instrumentaliza a través de los procesos judiciales, como lo que expresa el 257: "*El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*".

Ahora bien, no cualquier proceso judicial es garantía del acceso a la justicia y no cualquier proceso constituye un adecuado ejercicio de la función de administrar justicia. Para que esto sea así el proceso judicial de que se trate debe ser *intrínsecamente justo* o *debido*, esto es, debe cumplir con unos están-

dares mínimos, y esos estándares integran la noción de Debido Proceso o Juicio Justo.

De este modo el *Debido Proceso* es el *estándar mínimo constitucional* que determina y que mide a los procesos judiciales. Y así, si el trámite previsto por la ley procesal no cumple con las pautas que señalan las normas y principios constitucionales sobre el Juicio Justo, esos trámites no serán verdaderamente *un juicio* y con su aplicación no se estará administrando justicia. Por el contrario, si el trámite previsto por la ley procesal cumple con las pautas que señalan las normas y principios constitucionales sobre el Juicio Justo, ese trámite será un verdadero proceso judicial y con su aplicación se estará administrado justicia.

Sobre esta relación entre Constitución, Debido Proceso y Procesos Judiciales ha dicho FIX-ZAMUDIO, tomando las conclusiones adoptadas en las *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal* realizadas en Uruguay en 1957, lo siguiente:

> *"i.* **La Constitución**, *ya sea por el texto de sus normas o por el contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas,* **impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia quiere garantizar**, *y a la teoría jurídico política que inspira dicha constitución.*
>
> *ii.* **La ley procesal concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces**.
>
> *iii.* **Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que** *bajo el pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso,* **implique introdu-**

cir principios y modalidades de proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado."[3]

Ahora bien, esos estándares o elementos que integran la noción de Debido Proceso no se agotan en los contenidos del *Derecho al Debido Proceso*, además allí deben incluirse todas las obligaciones que constitucionalmente asume el Estado –tanto de índole regulatoria como prestacional – de cara a los procesos judiciales o administrativos vinculados a la "administración de justicia".

Con vista a esto es que hemos dicho antes que en el caso venezolano los *estándares mínimos de justicia* aplicables al proceso judicial están explícitamente recogidos en el texto constitucional de 1999 en diversos artículos (con esto no estamos afirmando que los estándares del proceso debido se agotan en lo que explícitamente establece la Constitución), entre otros en las normas que contienen los artículos 26, 49 y 257.

El rango constitucional que poseen estos estándares mínimos de justicia impone que los deban tener presentes:

(i) el Legislador al ejercer su función de legislar sobre los procesos judiciales;[4]

3 FIX-ZAMUDIO, Héctor (Mexico-1974) Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica, OP.CIT., pp. 16.

4 En Venezuela la regulación en materia de procedimientos ha sido tradicionalmente y según nuestros textos constitucionales de "reserva legal nacional", aun cuando, merced de cuestionables interpretaciones la Sala Constitucional o la propia Administración, han pretendido asumir tal competencia, la primera mediante algo a lo que se ha denominado "*jurisdicción normativa*" y la segunda, mediante "Reglamentos" en los que se establecen o complementan procedimientos. Pese a ello la Constitución es clara: *"Artículo 156.-* **Es de la competencia del Poder Público Nacional***: (…) 32.* **La legislación en materia de** *derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria,* **de procedimientos** *y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro*

(ii) el Juez al momento de tramitar esos procesos judiciales (aplicando en interpretando las normas procesales que regulan el trámite judicial conforme a las pautas o patrones del Debido Proceso), y finalmente;

(iii) el Juez – Constitucional u ordinario – al analizar una norma adjetiva, cuando está llamado a aplicarla (y en ese caso el parámetro le sirve para decidir su aplicación o desaplicación), o cuando está llamado a juzgar directamente su constitucionalidad (y en este caso el parámetro le sirve al Juez Constitucional para mantener en vigor o anular la norma de que se trate), o inclusive al ser llamado a revisar (por vía de recursos ordinarios o constitucionales), la aplicación que ha hecho previamente otro juez de tales normas.

Ello, merced del principio de *supremacía constitucional* que expresamente consagra el artículo 7[5] de la Constitución y de cara a que toda actividad de los órganos del Estado es susceptible de ser examinada en su apego a la Constitución (es la idea que

público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional. (…)"

5 *"Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución."*

expresan de manera tajante artículos 27[6], 334[7], 335[8] y 336 de la Constitución venezolana de 1999).

Veamos ahora en detalle cual es el contenido de esos parámetros o estándares mínimos de justicia que imponen a los procesos judiciales las normas constitucionales contenidas en los mencionados artículos 26, 49 y 257 de la Constitución venezolana de 1999.

6 *"Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales."*

7 *"Artículo 334.- Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.*

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella."

8 *"Artículo 335.- El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. (…)"*

I. El artículo 26 de la constitución: acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva

La previsión constitucional a la que nos referimos contiene, no es esto secreto alguno, tres normas cruciales al derecho constitucional procesal. Ellas son: el *Derecho de Acceso a la Justicia* (o derecho de acción); el *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, y por último; la obligación del Estado (a todos sus órganos) de garantizar que la justicia que él administra (evidentemente estamos hablando de la función de "administrar justicia") tenga unas determinadas características (*"gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles"*), que no son más que un reflejo (o si se prefiere, la contrapartida) de los contenidos del Derecho al Debido Proceso en su sentido restringido y tal y como lo caracteriza el artículo 49 de la Constitución al que más adelante nos referimos (es decir, esta norma expresa y concreta la obligación que para el Estado significa el derecho de los particulares que establece el artículo 49).

Así, insistimos, se trata de un enunciado complejo desde un punto normativo, y que textualmente dispone:

> *"Artículo 26.-* **Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia** *para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos;* **a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.**
>
> **El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles**."

1. El primero de los contenidos del artículo 26 es el Derecho de Acceso a la Justicia. Sobre el mismo PESCI FELTRI sostiene que – de modo similar a como lo hacía el artículo 68

de la Constitución de 1961[9]- *"consagra el ejercicio del Derecho de Acción"*,[10] que consiste *"en el derecho subjetivo de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional para resolver la controversia que plantea la demanda, mediante la declaración de voluntad de la ley aplicable al caso concreto"*.[11]

Este derecho, además, *se desdobla en,* o si se prefiere, *adopta la identidad de* un principio, el *Principio Pro Actione*, que supone que, tanto el desarrollo que haga el Legislador de la Constitución al reglamentar procesos judiciales, como la aplicación que de las normas legales hagan los Jueces, debe necesariamente favorecer el acceso efectivo de los justiciables a los órganos encargados de administrar justicia y al trámite efectivo de los procesos que instrumentan esa justicia. Sobre esta dimensión de Principio que adopta el Derecho de Acceso a la Justicia, ha dicho la Sala Constitucional lo siguiente:

> *"(…) debe destacarse que el alcance del* **principio pro actione***, debe entenderse como que* **las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que '(…) el propio Derecho a la Tutela Judicial Efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia'** *(Vid. Sentencia de la Sala Constitucional Nº 1.064/2000 del 19 de septiembre)*.

9 *"Artículo 68. -Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley (…)".*

10 PESCI FELTRI, Mario (Caracas 2011) La Constitución y el Proceso. 2da Edición. Colección Estudios Jurídicos Nro 82. EDJV. pp.15.

11 PESCI FELTRI, Mario (Caracas 2011) Teoría General del Proceso. 3ra. Edición. Tomo I. EDJV. pp.127.

En aras de lo anterior, deben reflexionar nuestros órganos jurisdiccionales (…) en cuanto a la correcta ponderación a la que deben ser sometidos los requisitos de admisibilidad cuando estos de alguna manera pudieren constituir una vulneración a la tutela jurisdiccional, tutela ésta que debe brindar el Estado a través del acceso efectivo a la justicia.

(…) Es en respeto y consagración de este principio procesal –pro actione- que deben guiar su actividad los órganos jurisdiccionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a la justicia podría desembocar en una situación de anarquía recursiva de los actos de la Administración Pública, y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales.

(…)En idéntico sentido, debe expresarse lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto a la consagración del **principio pro actione y a sus consecuencias derivadas de su aplicación, '(…) el principio de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa ha de intentar buscar allí donde exista indeterminación en las reglas de acceso al fondo la solución menos rigorista, de forma que no se agraven las cargas y gravámenes en la materia, antes bien, se reduzcan y suavicen para que pueda ejercitarse ese derecho sustancial y básico, natural, como lo han definido las instancias morales más autorizadas de la tierra, que es someter al juez la discrepancia con la Administración'**. *(Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 'El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos', en Revista de Administración Pública N° 42, pág. 275 y sig.)."* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 5043 del 15/12/2005 caso:

> Alí Rivas y otros, ratificada en su contenido en Sentencias de la misma Sala Constitucional Nro. 1324/2011 del 04/08/2011 y Nro. 151/2012 del 28/02/2012) (Resaltado nuestro)

2. El segundo de los contenidos normativos de ese artículo es El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, que no es más que el derecho a obtener del Estado una solución efectiva y eficiente a un conflicto preexistente que involucra o afecta a quien reclama justicia. Este derecho es, de los contenidos del artículo 26 de la Constitución, uno de los que más atención ha recibido. Y esto no en vano. La Tutela Judicial Efectiva es el derecho que justifica la existencia misma de la *función judicial* como una función especializada del Estado y es el que justifica (el que sostiene) la prohibición a hacerse justicia por propia mano.

En efecto, la justicia – más allá se ser un tema jurídico – es, antes que todo, un asunto de índole práctica o vivencial. Los conflictos sociales son un problema y un problema práctico en la vida de las personas, y frente a ellos las personas buscan, como es natural, no una "declaración" sino una "solución" al problema que el conflicto supone. Y así, la función de composición de los conflictos – que no es otra cosa que la función de impartir justicia - debe ser ejercida de manera eficiente y producir resultados prácticos (esto es, que resuelvan el conflicto de manera sensible y no simplemente teórica).

Si esto no es así, ¿qué sentido tiene que los ciudadanos accedan a los tribunales a pedir justicia?, ¿qué sentido puede tener la existencia misma de los órganos de administración de justicia y el dinero (que proviene en definitiva del patrimonio de los particulares) que su funcionamiento implica (dinero que bien podría ahorrarse o en todo caso ser usado en otros fines de utilidad pública, como la salud)?, y ¿qué sentido tiene la renuncia a la auto justicia?

Así, la garantía práctica de la realización de la justicia que ofrece el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva es no sólo la justificación de la existencia de los procesos judiciales, sino la justificación misma de la existencia de la función judicial.

Esta idea la ha expresado la Sala Constitucional señalando:

> "Observa esta Sala, que **el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional**, el cual **encuentra su razón de ser en que la justicia es**, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, **uno de los valores fundamentales** presente en todos los aspectos de la vida social, **por lo cual debe** impregnar todo el ordenamiento jurídico y **constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados**." (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 708 del 10/05/2001) (Resaltado nuestro)

Sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva ORTIZ ALVAREZ afirmaba -aún vigente la Constitución de 1961- que *"Es de la esencia de todo Estado de Derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia, en el entendido de que tal justicia sea efectiva (…) Existe pues un verdadero derecho a la efectividad de la protección judicial, derecho que se manifiesta en mucho más que un mero derecho pro actione en sus términos clásicos de simple acceso a la jurisdicción, pues se trata de accionar en términos de efectividad. (…) En este sentido, el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva tiene incidencia directa y determinante en tres momentos o etapas, a saber, grosso modo: en el acceso a la jurisdicción; en el debido proceso; y en la eficacia y ejecución de las sentencias. (…) las medidas cautelares entran dentro de tal radio de acción, básicamente dentro del ám-*

bito del debido proceso, aun cuando ellas también tienen que ver con la eficacia de la sentencia."[12]

Este derecho a obtener la tutela y a una decisión oportuna, no es más que la afirmación del sentido útil (o práctico si se prefiere) del proceso. En efecto, al juicio se accede buscado justicia, pero ese acceso solo tiene sentido si al final del juicio es realmente posible lograr la justicia que se ha ido a buscar. Así, el juicio debe ser un instrumento eficiente al fin de la justicia. Y el elemento que vehiculiza la tutela perseguida suele ser la sentencia (que resuelve el juicio) aun cuando puede resultar necesaria una protección anticipada, preventiva, que asegure que el fallo de fondo no resulte ilusorio, quedando así frustrada la justicia. En definitiva, y de lo que se trata, es que una vez declarada la justicia en una sentencia, esa sentencia sea suficiente para realizar la justicia, bien porque baste como título declarativo de un derecho o bien porque sirva de título ejecutivo. Así, los trámites procesales deben ser eficientes y suficientes, y el juicio debe concluir en una sentencia oportuna, que materialicen la justicia y se cumpla o ejecute.

3. Por último, el artículo 26 de la Constitución establece o impone al Estado una serie de **obligaciones** que este debe asumir como prestador del servicio de justicia. Algunas de ellas se refieren al servicio de justicia entendido como función y otras al servicio de justicia visto como organización. En efecto esta última norma del artículo 26 establece la **obligación** del Estado ("*El Estado garantizará*") de proporcionar "una justicia" (se refiere aquí la Constitución a la función de componer conflictos sociales mediante el trámite de procedimientos judiciales y a través de los tribunales del Poder Judicial que asume el Estado como una de sus funciones primordiales) **con determinadas características**: "*gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inúti-*

12 ORTIZ ALVAREZ, Luis (Caracas 1999) La protección Cautelar en el Contencioso Administrativo. Edit. Sherwood. pp. 39-41 y en idéntico sentido ORTIZ ALVAREZ, Luis (Caracas 1998) Tutela Judicial Efectiva y las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo. Colección Cuadernos. Edit. Sherwood. pp. 17-19.

les". Características todas estas que responden a los contenidos del Derecho al Debido Proceso que enumera el artículo 49 (como se verá más adelante).

Si se las observa con detenimiento se puede constatar que se trata de obligaciones que responden o son la contrapartida de derechos o principios que establecen otras normas vinculadas al tema del debido proceso.

(i) En efecto, las primeras dos, es decir la obligación de suministrar una justicia *accesible y gratuita*, responden a las necesidades del Derecho de Acceso a la Justicia que contiene el encabezado del artículo 26. Así los ciudadanos tienen el derecho de acceder a la justicia y el Estado tiene la obligación de garantizar ese acceso y la gratuidad de esa justicia (como una condición de accesibilidad económica).

(ii) Otras de las obligaciones que asume el Estado con respecto al servicio de justicia, tienen que ver con los principios que justifican el proceso. En efecto, la norma le impone al Estado la obligación de velar que los trámites que componen los procesos respondan a la idea de justicia y no se conviertan en fines en sí mismos (que según el artículo 257 es el principio ordenador de los procesos judiciales), proscribiendo así las *"dilaciones indebidas"* y los *"formalismos o reposiciones inútiles"*.

(iii) Por último, la norma incorpora una serie de obligaciones que asume el Estado respecto de los órganos y la estructura orgánica que debe encargarse de la función especializada de administrar justicia y que responden o son la contrapartida de algunas garantías del Derecho al Debido Proceso (y notablemente la garantía del Juez Natural). En efecto la norma obliga al Estado a la prestación de un servicio a través de una estructura orgánica que será *"imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable"*. Todas estas obligaciones que responden al contenido de las garantías a que se refieren los ordinales 3, 4 y 8 del artículo 49[13] de la Constitución.

13 *"Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales*

Hay que observar que respecto a la obligación de proporcionar una administración de justicia "*imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente*" cuenta además en la Constitución con una serie de previsiones y garantías específicas, a las que igualmente se obliga el Estado, en complemento a lo que impone el este artículo 26.

En efecto, no sólo el artículo 49, ordinal 3ro, hace parte del Derecho al Debido Proceso la provisión de "un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad", además artículo 254 tajantemente dispone que "*El Poder Judicial es independiente (…)*". Y luego el texto fundamental impone (i) la carrera y el concurso como modo de ingreso (artículo 255[14]); (ii) la estabilidad en los cargos (artículo 255), y

y administrativas; en consecuencia: (…) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete; 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.; (…) 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas" (Resaltado nuestro).

14 "Artículo 255.- El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las

(iii) la justicia disciplinaria como único modo de hacer cesar – de manera anormal – la estabilidad (artículo 267[15]).

II. El artículo 49 de la Constitución: El Derecho al Debido Proceso y sus distintas garantías o elementos

El artículo 49 de la Constitución consagra el Derecho al Debido Proceso y enumera las garantías que lo integran (y que en definitiva hacen que el proceso efectivamente instrumento de la justicia), en una **exigencia** que supone la **obligación inmediata** (en los términos que señala el artículo 19 de la Constitución[16]) **de todos los órganos del Poder Público** (es decir,

universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de derecho la especialización judicial correspondiente.

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones."

15 "Artículo 267.- Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales."

16 *"Artículo 19.-* **El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad** *y sin discriminación alguna,* **el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos**

legisladores, jueces y administradores en sus diversas funciones especializadas) de **respetar y garantizar** los contenidos y alcances de ese derecho en favor de los individuos.

El texto elocuente del artículo 49 mencionado expresamente establece:

> *"Artículo 49.-* **El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales** *y administrativas;* **en consecuencia***:*
>
> *1.* **La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables** *en todo estado y grado de la investigación y del proceso.* **Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos** *por los cuales se le investiga,* **de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa**. *Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.* **Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo,** *con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.*
>
> *2.* **Toda persona se presume inocente** *mientras no se pruebe lo contrario.*
>
> *3.* **Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso***, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente* **por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad.** *Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*
>
> *4.* **Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales** *en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en*

---

humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público*, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen."*

> *esta Constitución y en la ley.* **Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción** *o por comisiones creadas para tal efecto.*
>
> *5.* **Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable** *o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*
>
> *La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
>
> *6.* **Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes**.
>
> *7.* **Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente**.
>
> *8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas"* (Resaltado nuestro).

La norma recoge mucho de lo que al efecto contenía la Constitución de 1961,[17] que en sus artículos 60, 68 y 69 disponía lo siguiente:

17 A este punto la PESCI FELTRI, Mario (Caracas 2006) Constitución y Proceso, Estudios Jurídicos Nro. 82, EDJV, p.p. 29, sostiene que la norma en cuestión no es un verdadero avance (no uno con verdadera entidad), en tanto que ya del conjunto de normas de la Constitución de 1961 quedaba aquel perfectamente configurado al vincularse el proceso a la Defensa, en tanto que PETTIT, Luis (Caracas 2011) Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho humano, fundamental y global. Ediciones Pare-

"Artículo 60.- La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

(1) Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido in fragante, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado. El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención. En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, y establecerá además el plazo para que ésta provea, entendiéndose que han sido revocadas y privadas de todo efecto, si ella no las confirma en el referido plazo;

(2) Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falla;

(3) Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad;

---

des, p.p. 91-92, entiende que esta sistematización constitucional es un avance muy importante en tanto que abona a la seguridad jurídica, y al respecto reflexiona *"(…) si de por si estando expresas las normas a veces el intérprete trata de burlar su contenido, como será con las normas implícitas (…)"*.

(4) Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

(5) Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley. Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley;

(6) Nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta. La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno;

(7) Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años;

(8) Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente;

(9) Nadie podrá ser objeto de reclutamiento forzoso ni sometido al servicio militar sino en los términos pautados por la ley;

(10) Las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo podrán ser tomadas mediante el cumplimiento de las condiciones y formalidades que establezca la ley. Dichas medidas se orientarán en todo caso a la readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social."

"Artículo 68.- Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y con-

> diciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso."
>
> "Artículo 69.- Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente."

La disposición además se nutre – seguramente debido al trabajo arduo de los escasos juristas que integraron la Constituyente – no sólo de lo más acabado de la que fue la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sino además de los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José,[18] concretamente de lo previsto en su artículo 8 que es del tenor siguiente:

> "Artículo 8.- Garantías Judiciales
>
> (1) 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.
>
> (2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratui-

18 De cuya vigencia nos ha pretendido sustraer el Gobierno de Venezuela con una inconstitucional "denuncia" efectiva desde septiembre de 2013. Sobre este tema se puede consultar a AYALA, Carlos (Caracas 2013) Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Revista de Derecho Público Nro. 131 Julio-Septiembre 2012. EJV. pp.39-73.

> tamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y; h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
>
> (3) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
>
> (4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
>
> (5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

El contenido de este artículo 49 de la Constitución nos permite sostener que en Venezuela el elenco de garantías que forman el *Derecho al Debido Proceso* está integrado así por:[19]

19 Sobre el elenco de contenidos que conforman al Debido Proceso según la Constitución venezolana de 1999 se puede consultar a PETTIT, Luis (Caracas 2011) Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho humano, fundamental y global. Ediciones Paredes, p.p. 94-164.

(i) la defensa y la asistencia jurídica (que supone el derecho a conocer y ser notificado de los cargos que se imputan, a estar asistido de abogado – defensa técnica - a acceder a las pruebas y tener un plazo razonable para responder y a recurrir del fallo que le resulte adverso);

(ii) la presunción de inocencia (que implica que la carga de demostrar la culpabilidad de una persona es justamente de quien aduce tal culpabilidad, y por ello, en caso de dudas, se favorece la declaración de inocencia);

(iii) el Derecho a ser juzgado por el juez natural (lo que supone que los juicios serán conocidos un tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad a los hechos que se juzgan);

(iv) la proscripción de las confesiones forzadas o principio de la no autoinculpación;

(v) la legalidad sancionatoria, y;

(vi) el principio de responsabilidad del Estado por los defectos de la actuación judicial.

En torno a este derecho y la norma que en la Constitución lo consagra, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha tenido la oportunidad de hacer abundantes interpretaciones, veamos ahora algunos ejemplos teniendo en cuenta que estas interpretaciones tienen fuerza vinculante de cara a lo previsto en el artículo 335[20] de la Constitución.

1. Comencemos por observar que la Sala ha señalado que el Derecho al Debido Proceso está compuesto por una serie de garantías, a las que se refiere y enumera el artículo 49 en sus ocho (8) ordinales. Esto lo ha señalado del modo siguiente:

> *"Esta Sala, en múltiples fallos, ha interpretado el Derecho al Debido Proceso (artículo 49 de la Constitución*

20 "*Artículo 335.- (…)* **Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.**"

> *de la República Bolivariana de Venezuela). Al respecto ha sostenido que* **el debido proceso se trata de "un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado entre los que figuran el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias, entre otros que se vienen configurando en la jurisprudencia.** *Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental". (Sentencia SC-TSJ nº 1614 del 29.08.01)."* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1444 del 12/07/2007) (Resaltado nuestro).

2. Sobre el primero de los contenidos del Derecho al Debido Proceso, es decir sobre el Derecho a la Defensa y su significado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

> "En cuanto al derecho a la defensa, **la Jurisprudencia** ha establecido que el mismo **debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas**. En consecuencia, **existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias**." (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 5 del 24/01/2001) (Resaltado nuestro).

Hay que decir, para no incurrir en equívocos, que más allá del Derecho a conocer el procedimiento que pueda afectarlo,

la jurisprudencia es clara al señalar que en ello va además la exigencia de la notificación previa de los *"cargos" en cualquier tipo de procedimiento"* (Sentencia Nro. 582 del 10/06/2010).

3. Sobre el Derecho a Recurrir, la Jurisprudencia ha reconocido que el mismo hace parte del Derecho a la Defensa, no obstante, funciona como una suerte de mandato de optimización (como en el caso del artículo 157 de la Constitución y merced de los efectos del principio de progresividad) en tanto que la Constitución expresamente consagra el *"derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley"* (Sentencia Nro. 87 del 14/03/2001; Nro. 328 del 09/03/2001; Nro. 1341 del 03/08/2001 y Nro.3255 del 28/10/2005).

4. Sobre el Derecho a la *Presunción de Inocencia* y su significado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

> *"(…) esta Sala observa que, efectivamente, como fue sostenido por el a quo,* **la presunción de inocencia** *de la persona investigada* **abarca** *cualquier etapa del* **procedimiento de naturaleza sancionatoria tanto en el orden administrativo como judicial, por lo que debe darse al sometido a procedimiento sancionador la consideración y el trato de no partícipe o autor en los hechos que se le imputan**. *(…)* **la garantía de la presunción de inocencia comporta, entre otros aspectos: (i) la necesaria tramitación de una fase probatoria en la cual el particular, sin perjuicio de que la carga probatoria corresponde en estos casos a la Administración, pueda desvirtuar los hechos o infracciones que se le imputan, permitiendo así que el órgano competente pueda efectuar un juicio de culpabilidad y (ii) que la culpabilidad del indiciado haya sido legalmente declarada**. *Tales elementos requieren, sin duda, de la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, pues, sin el cumplimiento de esta formalidad, es obvio que no pueda verificarse la actividad probatoria que permita derivar la culpabilidad, ni que*

> *pueda considerarse que ésta ha sido legalmente declarada. (...).”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1397 del 07/08/2001) (Resaltado nuestro).

5. Sobre el Derecho a ser Juzgado por el Juez Natural, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señalado:

> *“(...)* **El Derecho al Juez Natural consiste en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la Ley**. *Esto es aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone,* **en primer lugar**, *que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica;* **en segundo lugar**, *que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; y,* **en tercer lugar**, *que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (...)”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 29 del 15/02/2000) (Resaltado y subrayado nuestro).

E igualmente ha aclarado que este Derecho que menciona el ordinal 4 del artículo 49 de la Constitución (el *Derecho al Juez Natural*), contiene o supone, además, los elementos a que se refiere el ordinal 3 del artículo 49 de la Constitución, que son garantías ligadas a la organización del servicio de justicia. Efectivamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dispuso:

> *“En la persona del* **juez natural**, *además de ser un juez predeterminado por la ley, (...) y de la exigencia de su constitución legítima,* **deben confluir varios requisitos para que pueda considerarse tal. Dichos requisitos, básicamente**, *surgen de la garantía judicial que ofrecen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y* **son los siguientes: 1) Ser independiente**, *en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura;* **2) ser imparcial**, *lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y*

objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez. La parcialidad objetiva de éste, no sólo se emana de los tipos que conforman las causales de recusación e inhibición, sino de otras conductas a favor de una de las partes; y así una recusación hubiese sido declarada sin lugar, ello no significa que la parte fue juzgada por un juez imparcial si los motivos de parcialidad existieron, y en consecuencia la parte así lesionada careció de juez natural; **3) tratarse de una persona identificada e identificable; 4) preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar**, *es decir, no ser un Tribunal de excepción;* **5) ser un juez idóneo**, *como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, **de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar**; *en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. (…). Este requisito no se disminuye por el hecho de que el conocimiento de varias materias puedan atribuirse a un sólo juez, lo que atiende a razones de política judicial ligada a la importancia de las circunscripciones judiciales; y* **6) que el juez sea competente por la materia**. *Se considerará competente por la materia aquel que fuera declarado tal al decidirse un conflicto de competencia, siempre que para la decisión del conflicto se hayan tomado en cuenta todos los jueces que podrían ser llamados a conocer, situación que no ocurrió en este caso; o creando en la decisión del conflicto no se haya incurrido en un error inexcusable en las normas sobre competencia."* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 144 del 24/03/2000) (Resaltado y subrayado nuestro).

Hay que decir que los precedentes judiciales abundan en esta materia, y ello debido a que las infracciones al debido proceso son el fundamento más frecuente que encuentra la Sala Constitucional para justificar tanto las revisiones de sentencias como los amparos contra decisiones judiciales. Así, esta es una materia que ha recibido mucha atención (porcentualmente hablando) de la jurisprudencia. Y esta abundante producción de decisiones hace posible afirmar que el tema se ha discutido y analizado profundamente, de modo que - a este punto –en Venezuela los contornos y alcances del Debido Proceso son bastante claros.

III. El artículo 257 de la Constitución: dos principios generales y un *mandato de optimización* dirigido especialmente al legislador para que, al legislar sobre los procesos judiciales, adopte la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, estableciendo procedimientos breves, orales y públicos

El artículo 257 de la Constitución, es un precepto constitucional que complementa las exigencias del Debido Proceso a que se refiere el artículo 49. El antes mencionado artículo dispone en su texto lo siguiente:

> "Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales."

Se trata de un precepto complejo en el que pueden distinguirse claramente tres (3) normas perfectamente diferentes:

1. La primera ("*El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*") es *un principio* que vincula a todo proceso con la justicia, sin importar si el proceso de que

se trate ha sido establecido en norma anterior o posterior a la Constitución. Esta norma hace del proceso judicial el punto donde confluye la justicia entendida como función del Estado y como Derecho de los ciudadanos

2. La segunda (*"Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público"*) es *un mandato de optimización* dirigido esencialmente al Legislador (aun cuando la exigencia alcanza a todas las autoridades que luego deban aplicar o tramitar tales procesos) y con el que le impone la obligación de adaptar progresivamente (cuando proceda a legislar en materia de procedimientos judiciales) los procesos judiciales a los principios de simplicidad, uniformidad y eficacia, brevedad, oralidad y publicidad.

Este es un parámetro *condicionado* en tanto que esos extremos (a) no miden la corrección de los procesos judiciales previstos en leyes anteriores a la Constitución de 1999, y (b) no obligan al Legislador a modificar los procedimientos judiciales preexistentes, pues solo deben tenerse en cuenta cuando el Legislador decida reglamentar en materia procesal.

Sin embargo esos estándares son exigibles a cualquier actuación legislativa de regulación o establecimiento de procesos judiciales ejercida con posterioridad a 1999. Es decir, la constitucionalidad de las leyes procesales dictadas luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 puede ser objetada o escrutada a la luz de las previsiones del artículo 257.

De igual modo estos estándares debe tenerlos en cuenta y aplicarlos cualquier juez (y en general cualquier autoridad) que pretenda aplicar una norma procesal contenida en una ley con vigencia posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, bien sea para interpretar o ajustar los trámites procedimentales previstos en esas leyes a los principios postulados en el artículo 257, o bien sea para disponer su desaplicación por contravenir esos principios.

3. La última (*"No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales"*) es también un *principio* operacional dirigido no solo al Legislador (y que debe ser acatado al reglamentar cualquier proceso por vía legislativa), sino además a

todos los administradores de justicia, en el sentido que los tramites que conforman cualquier proceso deben ser *necesarios* y *sustancialmente indispensables* a la realización de la justicia en el caso concreto.

El antecedente normativo de esta previsión constitucional se encuentra recogido en el Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1990 (Gaceta Oficial 4.209 Extraordinaria de 18/09/1990), instrumento éste que había sentado las bases del *formalismo limitado* a los elementos esenciales (esto es, la esencia misma del derecho a la defensa) y *atemperado* por el principio finalista de los tramites en el proceso. En efecto, el artículo 206 del citado Código adjetivo prescribía:

> "Artículo 206.- Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.
>
> En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado."

BALANCE

Estos son, a grandes rasgos, los estándares mínimos de justicia aplicables a todo proceso que encontramos en estos tres importantes artículos de la Constitución (artículo 26, artículo 49 y artículo 257). Estos estándares o parámetros los impone la Constitución bien como parte del contenido de algunos derechos de los ciudadanos o bien como obligaciones que, ligadas a la prestación del servicio de justicia, asume directamente el Estado.

Se trata de estándares que si bien han sido recogidos y sistematizados por el texto Constitucional de 1999, ya se encontraban presentes en la conciencia del sistema jurídico venezolano, no sólo debido a que los mismos son el reflejo de compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, sino además porque en los contenidos normativos

de textos constitucionales anteriores (notablemente la Constitución de 1961) como en normas rectoras del proceso civil como el Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Estos estándares son, ahora y de modo indudable, parámetros obligatorios que debe respetar y aplicar el Legislador cada vez que pretenda establecer procesos judiciales o administrativos a través de los que se deba conducir los requerimientos de justicia de los ciudadanos y en general de los justiciables.

Son, además, parámetros que deben marcar la interpretación y aplicación que hagan los órganos de administración de justicia de las distintas normas procesales legisladas, siendo estos parámetros de tal importancia que, de ser el caso, ellos deben prevalecer sobre la norma procesal legislada, si no es posible su aplicación conforme, justificando así su desaplicación y en algunos casos incluso su anulación.

Ahora bien, la realidad del ordenamiento procesal venezolano de los últimos años – desde que el texto constitucional de 1999 resultó aprobado – es que no parece haberse tomado en serio lo que dice la Constitución. A lo largo de casi dos décadas se han aprobado incontables leyes que se olvidan los elementos esenciales del Debido Proceso y socavan contenidos esenciales como la presunción de inocencia o la autonomía del juez y se han construido tendencias jurisprudenciales que avalan que se impongan sanciones en ausencia de procedimiento contradictorio o que se le exija a los justiciables "probar su inocencia".

Frente a esto, es y ha sido, labor de la Doctrina (entendiendo que tal proceder es una obligación que impone el artículo 333 de la Constitución a todo ciudadano[21]) señalar que estas conductas institucionales constituyen actuaciones inconsti-

21 "Artículo 333.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia."

tucionales cuyo destino ineludiblemente será la nulidad más allá de la responsabilidad que acarrean tales desafueros (todo ello conforme a los establecido en el artículo 25 de la Constitución[22]).

En todo caso, tenemos en Venezuela una clara definición Constitucional de lo que es el debido proceso y de sus estándares, ahora el trabajo que tenemos es hacer que esa noción clara se imponga a la realidad, para lograr que aquello que hoy parece una aspiración se transforme en vivencia de la sociedad y los ciudadanos.

El trabajo es arduo y la ruta seguramente será difícil pero contamos con este mapa claro que nos muestra la Constitución venezolana de 1999.

22 "Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.2

Flagrancia delictiva y actuaciones policiales

Alfredo Araya Vega

Sumario I Derechos fundamentales II. Flagrancia y requisa III. Sospecha razonable y motivos suficientes IV. Flagrancia y Control de carreteras

I. Derechos fundamentales

1. Existen una serie de normas supraconstitucionales que proscriben la injerencia arbitraria en la privacidad de las personas; así el artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos, 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De igual modo, se realiza una limitación al Poder Estatal en las posibilidades de detención y encarcelamientos arbitrarios, baste señalar el artículo 7.3 del Pacto San José. Estas normas constituyen el norte para establecer la necesidad de procedimientos policiales para el cumplimiento de las garantías constitucionales.

2. Sobre el ejercicio estatal y sus potestades de imperio para el aseguramiento de los fines propuestos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en los casos Velásquez Rodríguez vrs Honduras que: "no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos" y en el caso Servellón García vrs Honduras: 87. (…) una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la Autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria.

3. Por su parte, a nivel costarricense, Sala Constitucional en el voto 10309-2002 dispuso: las autoridades lesionan los derechos fundamentales al ordenar ejecutar revisiones a todos los individuos de forma indiscriminada, y en el voto 14821-2010 que la policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, en que puedan realizarse controles. La vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima y arbitraria en sí misma, pero debe necesariamente estar relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad. Además en la sentencia 15061-2011 estableció que no se conculcan los derechos fundamentales si para el operativo, se encuentra debidamente fundamentada en la noticia criminis". Por último en el voto 1222-2011 se estableció la necesidad de contar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, fundadas en el espacio temporal para realizar controles de carretera.

4. Resulta conocido que los derechos fundamentales no son absolutos, ya que en determinados supuestos estos pueden ceder. La libertad, el domicilio y hasta la libertad de tránsito se puede ver reducida a partir de la existencia de un delito en flagrancia y la urgencia de intervención; ahí la acción del Estado tiene por finalidad la detención del responsable para asegurar la evidencia, evitar su fuga y decomisar los objetos o instrumentos utilizados para la realización del hecho ilícito.

5. Las actuaciones policiales en todo caso se encuentran limitadas al cumplimiento de la Ley y la Constitución Política, rechazando de este modo cualquier acto arbitrario o ilegítimo. Ahí surge el equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y las facultades policiales de intervención.

6. Muchos pueden ser los supuestos fácticos dónde la policía, considera necesario e imprescindible actuar de forma inmediata; sin embargo no en todos encuentra una justificación válida jurídicamente; así tenemos supuestos: fundados en la experticia forense "olfato policial", señales de criminalidad (indicios anfibológicos, datos no constatados, presunciones, fines preventivos, llamadas anónimas no sustentadas), actitud manifiestamente nerviosa que conlleva una razón plausible de actuar por experiencia policial (ver en igual sentido

votos 2014-1928, 2016-130 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), sospecha delictual fundada en mera estimación subjetiva (experiencia policial que podría estar fundada en la intuición, ocurrencia, estereotipo, presencia en sitio, exaltación del imputado entre otros).

7. No debe admitirse como válido en un Estado Democrático de Derecho recurrir actuaciones policiales fundadas en un estado de sospecha, proceso estereotipado mediante la cual se reducen las garantías judiciales de las personas para justificar un acto arbitrario de las Autoridades Públicas. El uso desmedido de la fuerza, propia de un sistema Autoritario, se fundan en cliché de fórmulas tendenciosas, vagas e indeterminadas del argot policial como lo son actitud sospechosa, manifiestamente nerviosa etc., prescindiendo de la necesariedad de contar con el dato objetivo previo supra señalado. Esta tendencia judicial de validación de tales actuaciones conllevará inexorablemente a un debilitamiento de las garantías y el establecimiento de "nuevos y modernos" términos que hagan justificar el acto abusivo; por ejemplo para: identificar personas, corroborar información confidencial, constar situación migratoria irregular, estimación de llamada anónima que reporta un hecho, sospecha de actuar ilícito por antecedentes policiales del incriminado o incluso cuando de acuerdo con las circunstancias así lo ameriten.

8. Dentro de las actuaciones policiales legalmente establecidas, de interés para ese artículo, se encuentran: la requisa, la inspección, la detención por hecho delictivo flagrante, el control policial de carreteras entre otros. Debe tenerse muy presente, que cada una de esas actuaciones entrañan una lesión a un derecho fundamental; así el control vehicular y la requisa personal violenta la intimidad, la detención además de la libertad personal, el requerimiento constitucional de orden judicial previa.

9. De ahí que convenga enumerar una serie de parámetros objetivos para llevar a cabo una actuación policial de forma válida y legítima:

a. Existencia de motivos previos de actuación, fundada en datos objetivos, reales, ciertos, visibles, exteriorizados y corroborables.

b. Causa probable: cuando los hechos y circunstancias de conocimiento de los funcionarios que protagonizan el arresto y acerca de los cuales tienen ellos información razonablemente fidedigna, son suficientes en sí mismos para justificar que un hombre de prudencia razonable crea que se ha cometido o se está cometiendo un delito. (caso Terry vrs Ohio, 1968)

c. Flagrancia delictiva: para que la actuación sea legítima, se requiere que las sospechas, indicios o datos sobre la actividad ilegal estén bien fundadas, así en la flagrancia se sorprende a los sujetos con los objetos, efectos o instrumentos del delito

d. Motivo suficiente para presumir que se ocultan cosas relacionadas con el delito. (Situación objetiva que descarta una actividad meramente caprichosa de la Autoridad). En estos casos los motivos deben ser previos y de urgencia.

e. Sospecha razonable: debe sustentarse en datos concretos y objetivos, en este caso está referido a tareas de inteligencia, seguimientos o denuncias, que incriminen al sujeto con la realización del hecho delictivo.

10. En resumen, para resultar legítimo un procedimiento, el mismo debe estar fundado en un indicio fuerte de culpabilidad, no en la mera sospecha o subjetividad policial.

II. Flagrancia y requisa

11. La flagrancia se entiende como evidencia de un hecho delictivo, respecto a su autor. Se configura cuando existe un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible, que viene realizando o acaba de cumplir instantes antes, situación que amerita la urgente intervención de la policía. Se trata de una excepción al principio constitucional de reserva judicial para privar de la libertad en virtud de: la urgencia de la situación y el cumplimiento de los requisitos de inmediatez personal (el delito se está cometiendo o que se haya come-

tido instantes antes) y temporal (que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación, y con relación al objeto, a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo).

12. Para que exista una flagrancia delictiva, se requiere la existencia de al menos el principio de fumus commisi delicti –atribución del delito: es decir que de forma previa, razonada e indiscutible, se impute un delito- y el periculum libertatis – necesidad de intervención: urgencia de intervención para hacer cesar la acción delictiva, frustrar la huida, evitar el ocultamiento o impunidad y descubrimiento del hecho. Adicionalmente debe cumplirse con la existencia de varios requisitos necesarios para su configuración: (a) Percepción del hecho por la víctima, un tercero civil o un agente de policía, (b) individualización del responsable, (c) hecho delictivo, (d) inmediatez temporal -se está cometiendo o acaba de suceder- (e) inmediatez personal -relación del sujeto con el hecho, objeto o instrumentos-. Por último, otra advertencia importante a la flagrancia delictiva es que sólo es posible cuando las conductas merezcan una pena privativa de libertad, excluyendo de este modo aquellos hechos con pena exclusiva de multa o inhabilitación; verbigracia casos de portación de arma permitida.

13. La flagrancia como excepción que es, permite prescindir de una orden judicial para lesionar el derecho fundamental, sin embargo se requiere la existencia de una comisión delictual externa, reconocible por los sentidos. De este modo, es imposible hablar de una flagrancia cuando la comisión del hecho sólo puede ser advertida como consecuencia de la requisa. No se está en un caso de flagrancia, si fue necesaria la requisa para descubrir la existencia del delito, es decir, que no era observables desde el exterior (podría aplicar para sustancia psicotrópicas y drogas). Si no hay flagrancia ni indicios vehementes de culpabilidad se desvanece la posibilidad de intervención. No es posible sostener cómo válido un procedimiento policial que culmina en una requisa dónde se obtienen elementos cuya tenencia constituye delito; con el argumento que se está ante un caso de flagrancia, ya que contrario sensu, si la actuación policial es infructuosa, no existiría

delito alguno de la persona intervenida y la actuación policial deviene en arbitraria.

14. En el título II el Código procesal penal costarricense describe una serie de institutos para comprobar de forma inmediata un hecho, así se tiene la inspección de lugares (185 Cpp) –requiere motivos suficientes de sospecha-, inspección corporal (188 Cpp) –requiere sospecha grave y fundada o absoluta necesidad-, y la requisa (189 Cpp) el registro de vehículos (190 Cpp) en cuya descripción establece la potestad de intervenir en el tanto surjan motivos suficientes para presumir que alguien oculta objetos relacionados con el delito. Cómo puede colegirse con facilidad, para la inspección de lugares, requisa y registro de vehículos el legislador estableció la necesidad de motivos suficientes, mientras que en la inspección corporal la descripción es más estricta, al requerir una sospecha grave y fundada o absoluta necesidad de intervención; conceptos que serán abordados supra. En el caso particular de la requisa, Zúñiga Morales establece que se trata de una trasgresión autorizada, aunque sea por un breve espacio de tiempo, de la libertad ambulatoria e implica en virtud de la revisión que se realiza, una vulneración autorizada de la intimidad (Zúñiga Morales, Sandra. Revista Derecho penal y procesal penal, p. 428).

15. La requisa es una medida de coerción policial mediante la cual se examina el cuerpo de la persona o el ámbito de custodia de este a efecto de secuestrar cosas relacionadas con el delito. De este modo, por afectarse el derecho fundamental de intimidad, la requisa policial debe sustentarse en las condiciones previas o anteriores al procedimiento, es decir, que la existencia de motivos suficientes de ocultamiento provengan de datos reales, objetivos o independientes y concretos; establecidos a partir de indicios necesarios, indicios contingentes suficientes. Circunstancia distinta ocurre cuando la evidencia aparece como consecuencia de la requisa, en aquellos casos el procedimiento es espurio. La requisa sólo puede ocurrir cuando haya motivos suficientes para presumir que una persona ocupa en su cuerpo cosas relacionadas con el delito. Resulta absurdo sostener que la requisa resulta válida si pese a no existir motivo previo, producto de esta se obtiene un mate-

rial incriminador; y con ello consolidar un hecho en flagrancia. En estos casos se ha verificado el delito posterior a la detención, de ahí que no resulte legítima la recabación probatoria.

16. Debe existir una exigencia que la detención se sustente en una causa razonable y corroborable ex post. Así, los motivos de suficiencia deben estar estrechamente vinculados con el requisito de urgencia. En algunas ocasiones, los motivos previos pueden asimilarse a presunciones; las cuales igualmente están sujetas a la corroboración posterior de los indicios. De este modo, el resultado de la requisa no puede dejar de evaluarse como dato coadyuvante ex post, a favor de la verosimilitud o suficiencia de los motivos que fundaron la intervención. Conviene a estas alturas, distinguir entre motivos suficientes y las presunciones, datos, señales o indicios. A efecto de garantizar la pureza de la intervención policial es necesario demostrar la existencia de indicios vehementes de culpabilidad y motivos suficientes para presumir que la requisa arrojará un resultado positivo. La requisa policial presupone una cierta restricción a la libertad de movimiento y una afrenta directa a la intimidad de las personas. Es por lo anterior que, a efecto de garantizar la legalidad de la intervención, y la existencia de los motivos suficientes, el juzgador debe realizar un análisis riguroso, profundo y completo ex post de las razones que motivaron la acción policial. A nuestro criterio, en el caso de la denuncia anónima se requiere una tarea de verificación por parte de la policía que le lleven a suponer que efectivamente hay fundamentos suficientes para presumir que la requisa es válida, de ahí que debe quedar claramente documentada de modo que permita la adversariedad a lo largo del proceso. Por último, es ilegítimo, según los parámetros establecidos, una detención con fines de identificación y que producto de ello se obtengan otras evidencias que vinculen con un hecho delictual, toda vez que no están presentes los datos objetivos previos que confirmen la acción y la urgencia de intervención.

III. Sospecha razonable y motivos suficientes

17. El análisis policial de las circunstancias se cumple ex ante fundado en un dato objetivo es decir en prueba indiciaria suficiente. De este modo, se requiere a nivel policial una apre-

ciación razonable y fundada en la causa probable de delito así como la determinación de un indicio vehemente de culpabilidad. Debe recordarse que los indicios son conformados a partir de un estado de sospecha latente, de este modo, si no existen indicios no jamás existirá sospecha. Ahora bien, a nivel judicial el juicio de control de la actuación policial se realiza ex post, descendiendo a la totalidad de circunstancias que rodeaban el caso, y ponderando su urgencia. Debe tenerse presente que los conceptos de sospecha y de motivos suficientes pesan sobre la subjetividad del agente, sobre su valoración de las circunstancias presentes; es una internalización valorativa eminentemente subjetiva, la cual necesariamente deberá ser controlable a posteriori por la Autoridad Judicial.

18. Por tanto para el cumplimiento efectivo de una comprobación policial amparada a derecho se requieren dos requisitos: (a) Faz subjetiva: Es la valoración subjetiva que motiva el deber de actuar, se trata del elemento subjetivo de discrecionalidad funcionalidad; donde el agente determina en su psiquis la existencia de una circunstancia justificada que lo autoriza a actuar. (b) Faz Objetiva: Se requiere la existencia de datos objetivos, reales, verificables, previos y corroborables que indiquen de modo razonable la existencia de un delito y la necesidad de intervención. Aquí se descartan como posibles las sospechas, inclinaciones subjetivas o conjeturales. Este requisito es previo y prevalente al elemento subjetivo de intervención. En todo caso, a efecto de claridad, el control de la actuación debe fundarse en una ponderación de razonabilidad judicial, así se deben ponderar las circunstancias particulares del caso (inferencias razonables y específicas del caso concreto) y la necesidad urgente de intervención. Por último, debe adicionarse a ese control de razonabilidad, los principios de excepcionalidad y necesariedad de la intervención.

19. El estado de sospecha en todas sus variantes terminológicas policiales se fundan en la peligrosidad, propio de un sistema de derecho penal de autor, ámbito proscrito en un Estado Democrático de Derecho, de ahí que debe existir un coto a esas actuaciones deslegitimidoras.

IV. Flagrancia y Control de carreteras

20. Acerca del control de carreteras y los llamados retenes policiales, el voto 14821-2010, emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desarrolla ampliamente este tema. "El optar por un régimen democrático de derecho y no por un régimen autoritario, conforme lo hizo el Constituyente …, impone a las autoridades públicas límites infranqueables en el ejercicio de sus potestades y deberes. Estos límites están definidos por el contenido esencial de los derechos, libertades y garantías fundamentales de las personas, previstos tanto en la Constitución Política, como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha establecido que los Estados tienen un poder limitado en su actuar en lo que se refiere a garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio, por encontrarse condicionado por el deber de respeto a los derechos fundamentales de toda persona. Así, en la sentencia del 21 de setiembre del 2006, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, se señaló: "87. (…) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida." Asimismo indicó: "[…] Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria." Sentencia del 21 de setiembre del 2006, Caso Servellón Garcìa y otros vs. Honduras. Asimismo, en la sentencia del 21 de julio de 1989, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte establece que "…no cabe

admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos." La libertad de tránsito y el derecho a la intimidad sólo pueden limitarse o restringirse, en aquellos casos permitidos por ley y únicamente cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional para alcanzar o tutelar bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social… Si bien es cierto, de conformidad con la ley, la policía puede realizar controles para identificación de las personas, averiguación de la condición migratoria, control fiscal, trasiego de especies vegetales o animales, entre otros, conforme lo ha señalado esta Sala (sentencia 2002-10309 de las doce horas nueve minutos del veinticinco de octubre del dos mil dos) no es posible que estos operativos se realicen de una forma indiscriminada y mucho menos que se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista *noticia criminis* o indicios comprobados de la comisión de un delito. Para proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, se requiere necesariamente del consentimiento libre y expreso del conductor, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna. El artículo 190 del Código Procesal Penal es claro al señalar que el juez, el fiscal o la policía podrán registrar un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito (el resaltado no es del original) (…) hay espacios que efectivamente quedan amparados por la protección de la intimidad sin constituirse en domicilio, como es el caso del interior de los vehículos automotores, automóviles o "pick up", que ya esta Sala ha admitido se constituye en un recinto privado, precisamente porque la noción de intimidad no puede desligarse de aquella referente al ámbito social en el cual vive y actúa el sujeto de derecho, sin embargo, no puede entenderse que el derecho a la intimidad de la vida privada sea ilimitado, pues no es un derecho absoluto, y como tal, existen ciertos casos en los cuales, por razones de interés público va a resultar constreñido. No se pretende con ello indicar, que se pueda registrar cualquier vehículo y bajo cualquier consideración, pues la misma norma establece los presupuestos necesarios e indispensables bajo los cuales resulta su procedencia: "…siem-

pre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito…" , por otro lado debe realizarse bajo el mismo procedimiento que se sigue en el caso de la requisa personal contemplada en el artículo 189, que dice en lo que interesa: "…Antes de proceder a la requisa, deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo. La advertencia e inspección se realizará en presencia de un testigo, que no deberá tener vinculación con la policía. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas…"; y tampoco lo puede practicar cualquiera, pues será el juez, el fiscal o la policía, lo cual ya había sido aceptado por esta Sala en sentencia No. 0522-98…"La policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles como el que motivó este recurso. La vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad, lo que implica que se ejecute tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular, sea por ejemplo, que si se investiga un homicidio, la inspección de un vehículo de transporte de escolares debe estar fuera de la mira de la acción policial o ejecutarse de manera tal que no ponga en riesgo a los menores que se transporten en el vehículo. El hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justificación alguna, como ocurrió en el caso bajo estudio, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución Política. Ello no implica en modo alguno desconocer las competencias otorgadas al Poder Ejecutivo, en el artículo 140 incisos 6 y 16 de la Constitución Política, para mantener el orden, seguridad, tranquilidad y paz social en el territorio nacional. Por el contrario, cuando las normas, el orden público o los valores básicos de la convivencia social son vulnerados, es obligación del Estado activar los protocolos de seguridad establecidos para restablecer el orden, la paz social y la armonía, con las limitaciones que imponen el respeto a la dignidad humana y a los demás principios, derechos y garantías fundamentales. La práctica indiscriminada de retenes policiales, sin razones ob-

jetivas concretas, culminan convirtiendo a la persona humana individualmente considerada, en mero instrumento de satisfacción de intereses colectivos, lo cual es inadmisible en un Estado democrático de derecho. En virtud de lo anterior procede declarar con lugar el recurso de hábeas corpus formulado con sus consecuencias. IV.- Los "retenes policiales" en la jurisprudencia extranjera.- Esta Sala ha mantenido una línea jurisprudencial estable, que resulta compatible con la de otros Tribunales de Derechos Humanos del mundo, en la que particulares reclaman derechos convencionales o constitucionales cuando se han visto perturbados en su vida privada al tener que someterse a la autoridad policial, –sin razón aparente- cuando éstos realizan "retenes policiales". En tales casos, los Jueces han tenido que valorar las actuaciones de las autoridades y la protección de los derechos individuales, decidiendo sobre la procedencia o improcedencia de la medida policial. De tal modo, se pueden identificar diferentes grados de intensidad en cuanto a la intervención en la vida privada, la cual en algunos casos es más permisible que en otros. En una reciente sentencia, del 12 de enero de 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos, Sección Cuarta, en el caso de Gillan and Quinton v. El Reino Unido, analizó la Sección 44 de la Ley contra el Terrorismo 2000, que aún en este caso –de leyes contra el terrorismo- en las que se les da amplias competencias a la policía, han sido sometidas al control de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a los excesos en que incurrieron, en las que otorgaron los poderes policiales de inspección y requisa de individuos en las vías públicas, a uniformados para detener vehículos en un área o, en un lugar previamente señalado en la autorización concedida para el registro e inspección. Se establece en los siguientes sub-incisos del punto 1, los alcances de la norma a: a) los vehículos; b) el conductor o chofer; c) el pasajero del vehículo; d) cualquier objeto dentro o sobre el vehículo, o transportado por el conductor o pasajero. En la Sección 44 del punto 2, se autoriza al uniformado a parar a un transeúnte en un área o en un lugar señalado en la autorización para el registro e inspección, y con los siguientes sub-incisos: a) al transeúnte y b) cualquier cosa que lleve con él. En los siguientes puntos de la legislación, se regulan las condiciones para otorgar tales autorizaciones. Aho-

ra bien, la Corte Europea conoció el caso de la detención de dos particulares (uno de ellos periodista), en las inmediaciones de una feria armamentista contra la cual había una protesta, los mismos fueron detenidos bajo los poderes otorgados por la mencionada Sección 44, y bajo la autorización dada, se produjo el registro e inspección de un maletín y bolso, así como el decomiso de material informativo sobre dicha protesta. En tal sentido, los demandantes reclamaron la violación de varios artículos de la Convención Europea, lo cual permitió a la Corte discutir sobre la aplicabilidad del artículo 5 sección 1 o, el artículo 2 del Protocolo No. 4 (no ratificado por el Reino Unido). La Corte estableció que: "Con el fin de determinar si alguien ha sido "privado de su libertad" de conformidad con el artículo 5, el punto de partida debe ser su situación concreta y tomar en consideración un rango amplio de criterios tales como el tipo, la duración, efectos y manera en que se implementa la medida en cuestión. La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad, es, simplemente una cuestión de grado o intensidad, y no una cuestión de naturaleza o sustancia (de fondo). Aunque el proceso de calificación entre ambas categorías, muchas veces resulta no ser una labor fácil, en la que los casos límite son un tema de pura opinión, la Corte no puede eludir haciendo la elección sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 5 (véase Guzzardi v. Italy, 6 Noviembre 1980, §§92-93, Series A no. 39; Ashingdane v. the United Kingdom, […]) 57. La Corte observa que aunque la extensión del tiempo durante el cual cada petente fue detenido y requisado, en ninguno de los casos excedió de 30 minutos, período en el que los demandantes fueron totalmente privados de cualquier libertad de movimiento. Ellos fueron obligados a permanecer donde estaban y fueron sometidos a la inspección, y si ellos se rehusaban serían arrestados, trasladados a la estación policial y se les imputarían cargos delictivos. Este elemento de coerción es indicativo de una privación de libertad dentro del significado del artículo 5.1 (la negrilla no es del original) (véase. por ejemplo, Foka v. Turquía, […]). En ese caso, no obstante, la Corte no está llamada a determinar la cuestión a la luz de las evidencias que se analizan abajo, en relación con el artículo 8 de la Convención""65. Cada uno de los petentes fue retenido por un oficial de policía, y obligado

a someterse a la requisa bajo la sección 44 de la Ley 2000. Por la razón expuesta arriba, la Corte considera que estas requisas constituyen intromisiones contra el derecho que exige respeto a la vida privada tutelado bajo el artículo 8. Tal intervención está justificada bajo las condiciones del párrafo 2 del artículo 8, (la negrilla no es del original) solo si es "en concordancia con la ley", que persigue uno o más fines legítimos referidos en el párrafo 2 y son "necesarias en una sociedad democrática" con el fin de alcanzar ese fin u objetivos (véase, por ejemplo, Liberty and Others v. the United Kingdom, No. 48243/00 [...])."El fallo pertenece a la Sección Cuarta de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero de conformidad con la información que consta en la página web de la Corte. En tal sentido, no puede este Tribunal Constitucional desligar su atención de este caso, para ilustrar el tratamiento como también la incompatibilidad de ciertos retenes policiales, lo cual de igual manera llega a alcanzar la detención de vehículos. Se trata de una decisión de un Tribunal cuya autoridad radica en la interpretación de uno de los sistemas de protección de derechos humanos más importante del mundo. En este sentido, su jurisprudencia precisa el tema que nos ocupa, y se ha tenido la oportunidad de analizar legislación que reta los más fundamentales derechos de los particulares, y que en tal sentido, tales órganos jurisdiccionales están llamados a detener los excesos, como también conceder razón cuando ella exista, bajo las circunstancias concretas en que se ejecutan los "retenes policiales". Otro ejemplo de un Tribunal extranjero, pero cuya producción jurisprudencial ha influenciado el constitucionalismo del mundo, por ser el primero de esta naturaleza, es la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuyo sistema de control de constitucionalidad es difuso. Es la cúspide del sistema judicial federal, por lo cual resuelve en última instancia las controversias legales y constitucionales de interés federal, incluido lo resuelto por los Tribunales y Altas Cortes de los diferentes Estados de la Unión Americana. Desde esa posición privilegiada merece considerarse, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que mantiene en vigencia los precedentes que admiten "retenes policiales" relacionados con controles migratorios de migrantes ilegales (Estados Unidos v. Martínez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1976)),

controles para detectar la conducción ilícita de vehículos bajo los efectos del licor (Michigan Dep. of State Police v. Sitz, 396 U.S. 444 (1990)), y ha sugerido aquellos con el fin de controlar las licencias de conducción y documentación de los vehículos como parte de la seguridad de las carreteras (Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648, 663 (1973)). Pero tampoco la Corte Suprema ha considerado constitucional la práctica policial de realizar retenes con el propósito principal de detección de hechos delictivos en general. En este sentido, en el caso Indianapolis vs. Edmond, 531 U.S. 32 (2000), la Corte concluyó en su sentencia que:"Nosotros nunca hemos aprobado un programa de puestos de control, cuyo propósito principal sea el de detectar evidencias contra las fechorías criminales ordinarias. Por el contrario, nuestros casos relacionados con los puestos de control solo han reconocido limitadas excepciones a la regla general, en la que una detención debe estar acompañada de algún grado de sospecha individualizada. Nosotros sugerimos en el caso Prouse que no acreditaríamos el "interés general de control sobre la delincuencia", como justificación para un régimen de retenciones sin sospecha. 440 U.S., a 659, n. 18. En concordancia con esta sugerencia, cada uno de los programas de puestos de control que hemos aprobado, habían sido autorizados principalmente para servir a un propósito estrechamente relacionado con problemas policiales de frontera o, en la necesidad de asegurar la seguridad en carretera. Dado que el propósito primario del programa de puestos de control de narcotráfico de Indiana, es descubrir pruebas de fechorías criminales ordinarias, contraviene la Cuarta Enmienda. […] Si nosotros permitiéramos dejar el caso en este alto grado de generalidad, habría muy poca inspección en la competencia de las autoridades para levantar retenes con cualquier propósito policial concebible. Sin marcar el límite a los puestos de control diseñados principalmente para cumplir un interés general de control del crimen, la Cuarta Enmienda haría muy poco para prevenir que las invasiones se convirtieran en una parte rutinaria de la vida americana." (la negrilla no es del original) […]"El propósito principal de los puestos de control de Indianápolis es al fin y al cabo lograr "el interés general en el control del crimen," Prouse, 440 U.S., a 659, n. 18. Nosotros rehusamos suspender el requerimiento usual de sospecha indi-

vidualizada, donde la policía busca utilizar un puesto de retención, para realizar la iniciativa común en la investigación de crímenes. No podemos ratificar los retenes, justificados solo por la generalidad, y siempre presente posibilidad de que el interrogatorio e inspección puedan revelar que alguno de tantos motorizados haya cometido algún delito. Por supuesto que hay circunstancias que pueden justificar un puesto policial, donde el propósito principal sería, alguna emergencia relacionada con un delito común. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones señaló, que la Cuarta Enmienda podría permitir el levantamiento de una retención policial ajustada a la medida, para frustar un ataque terrorista inminente o, para capturar a un criminal peligroso que se espera escape por una ruta particular. Véase 183 F. 3d, a 662-663. Las exigencias creadas por estos escenarios están muy lejos de las circunstancias en las que las autoridades simplemente detienen vehículos, como una cuestión cotidiana para detectar si de casualidad algún delincuente está huyendo de la jurisdicción. Mientras que nosotros no limitemos a un conjunto de categorías prefijado los objetivos que justifiquen un programa de puestos de control, nos rehusamos a aprobar un programa cuyo propósito principal es al final y al cabo el control del crimen como interés general." La importancia de las decisiones citadas, radica precisamente en que la orientación de la Sala Constitucional no es aislada, y más bien coincide con otros importantes órganos judiciales de defensa de derechos humanos. Incluso, la jurisprudencia norteamericana admitió posteriormente otro supuesto en el año 2004, en el que las autoridades policiales al realizar un retén policial buscaban información relacionada con la muerte de un ciclista, por lo que se desarrolló un operativo especialmente diseñado para obtener información del público, situación que fue avalada por la Suprema Corte (Illinois v. Lidster, 540 U.S. 419 (2004). Como es evidente, la decisión de la Corte Suprema que ahora se transcribió del caso Edmond, contiene en el fondo estándares similares de protección. Lo mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos que enfatizó la problemática de los retenes policiales, en cuanto produjeron una invasión en la vida privada de las personas. Y aunque en nuestro país la Sala ha admitido los supuestos regulados por la Ley, como se indicó supra, no es posible reali-

zar estos retenes de forma indiscriminada, no se puede coaccionar u obligar a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista una noticia criminis o indicios comprobados de la comisión de un delito. La salvedad a lo anterior sería el libre y expreso consentimiento del conductor, lo cual excluye obviamente cualquier tipo de coacción o amenaza para quebrantarle la voluntad a la persona. Para fines policiales el artículo 190 del Código Procesal Penal permite el registro de vehículos, siempre que hayan motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito, pero como es obvio, siguiendo lo dicho por esta Sala, el retén no puede ser un instrumento policial de uso indiscriminado. Aunque el propio artículo 37 de la Constitución Política autoriza la detención de la persona que no se encuentre libre de responsabilidad, o mediante orden de juez o autoridad competente, o incluso sin ella cuando se trate de un sentenciado o delincuente infraganti, estima esta Sala que se podría admitir a la luz de lo anterior, la instalación de retenes policiales inmediatamente después de ocurrido un hecho delictivo, para localizar los presuntos responsables, claro está sujeto a un marco temporal razonable y de investigación según las características de cada caso. Aunque no se trata de los mismos supuestos, se aclara que lo mismo sucede para situaciones preventivas de seguridad de las personas, por peligros inminentes que se puedan presentar, y sobre el cual este pronunciamiento no tiene la intención de alcanzar. En el caso que nos ocupa, el recurrente denuncia un retén policial cuyo fin es la detención indiscriminada de personas, con las consecuentes molestias a su vida privada, poco aporta el informe de la autoridad recurrida, respecto de las circunstancias que hecha de menos este Tribunal, pues se refirió a dos retenes uno nocturno realizado el ocho de agosto, y otro diurno, realizado el 9 de agosto, en los cual aún cuando no indica que estuviera registrado el nombre del recurrente, ello es obvio por cuanto él se refiere a un operativo nocturno del día nueve sobre el cual no se informó a esta Sala, razón por la cual se declara con lugar."

15. Este fallo resulta de especial importancia a efecto de establecer los parámetros objetivos y necesarios para que la policía pueda actuar de forma legítima. Se infiere que no exis-

te una prohibición absoluta para la realización de dichos retenes policiales, ni tampoco debe derivarse de manera automática que toda la prueba obtenida mediante los mismos sea siempre ilícita.

21. Cómo bien lo sostiene el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (voto 537-2016), "en un correcto control de Convencionalidad que se adecua tanto a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de acatamiento obligatorio), como por la Sala Constitucional de Costa Rica, debe destacarse: 1.- Que los retenes policiales dispuestos para la detención de vehículos y personas de manera masiva y generalizada, constituyen en una restricción ilegal y arbitraria de la libertad de tránsito. Ese tipo de actuación, la restricción de derechos fundamentales que conlleva, y las pruebas obtenidas, serán legítimas si existe una noticia criminis o un indicio comprobado, de la ejecución de un ilícito, que la sustenten. 2.- Aparte de lo anterior, existen otros supuestos en que se autoriza la detención de vehículos por la policía, por ejemplo, para la averiguación de la condición migratoria, el control fiscal y del trasiego de especies, en puestos permanentes de vigilancia destinados a ese objetivo, en cuya ejecución, de surgir indicios sobre la comisión de un delito, emerge una autorización para actuaciones ulteriores. 3- Cumplidos estos presupuestos, la legitimidad de las actuaciones policiales, está claramente limitada por los principios de legalidad y proporcionalidad, lo cual significa que la libertad de tránsito solamente puede restringirse de la manera y en los supuestos autorizados por ley y, una vez cumplido este requisito, únicamente cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional para alcanzar el objetivo fijado para esa actuación restrictiva de la libertad".

22. De este modo, no se reducen las potestades policiales, sino simplemente se fijan a la luz de las garantías constitucionales y las normas internacionales. Continua el voto de apelación antes dicho al indicar: "La Fuerza Pública tiene potestades de vigilancia claramente establecidas en la Ley General de Policía (por ejemplo en sus numerales 4 y 8), de las cuales emana la obligación para los ciudadanos de identificarse o detenerse ante la prevención policial, y también tiene potes-

tades de intervención en retenes o puestos de vigilancia fijos, para aquellos supuestos de control migratorio, fiscal o de tráfico de especies. Si en la ejecución de esos controles lícitos, bajo los supuestos indicados, aparecen indicios comprobados de la ejecución de un delito, aun independientemente de una noticia criminis previa, la policía puede proceder a realizar las aprehensiones que correspondan o asegurar ulteriores actuaciones de otros cuerpos policiales, de las autoridades del Ministerio Público, o de los entes Jurisdiccionales autorizados por ley para ejecutarlas, siempre y cuando -se reitera- se cumplan los requisitos y límites para su actuación claramente trazados por el derecho de la Constitución y por la propia Jurisprudencia Constitucional patria". Esta resolución debe ser vista adicionalmente a la luz de la Directriz de la Dirección General de Fuerza Pública costarricense, DGFP-2010 del 06 de octubre del 2010, estableció la necesidad de documentar la noticia criminis que justifiquen la realización de controles de carretera.

Los estandares de suficiencia probatoria en el proceso penal peruano

Erickson Costa Carhuavilca

Sumario: Introducción. I. Valoración de la Prueba. II. Estandares de Suficiencia Probatoria. III. Contenido o elementos que componen la Suficiencia Probatoria. IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema y Suficiencia Probatoria. IV.1: Caso Judicial 01. IV.2: Caso Judicial 02. IV.3: Caso Judicial 03. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La presente investigación tiene como aspecto doctrinario y práctico, que en la determinación de la responsabilidad penal a un imputado en la presunta comisión de un delito, los jueces de las instancias penales hacen referencia o invocación a la suficiencia probatoria (o actividad probatoria suficiente) para motivar desde una perspectiva de los medios de prueba, si los hechos y la conducta del imputado se ajusta a la acusación del Ministerio Público en cada caso en concreto.

Conforme la investigación realizada en la jurisprudencia sistematizada del Poder Judicial pudimos advertir que si bien es cierto, la suficiencia probatoria es puesta de manifiesta en diversos fundamentos de las sentencias penales tanto para la condena como absolución del imputado, sin embargo no se aprecia el desarrollo conceptual o motivacional que determine o exponga el por qué, los medios probatorios admitidos y actuados en el proceso penal resultan ser "suficientes" en la decisión de los jueces en una sentencia, con lo cual, trataremos de desarrollar su contenido conceptual y así se garantice

el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales siendo la sentencia la que determinará la libertad o encarcelación del acusado.

I. Valoración de la prueba

En su oportunidad, Francesco Carnelutti afirmó: "los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas. Todo modo de ser del mundo exterior puede constituir una prueba".[1]

Ahora bien, en términos de la identificación de la función de la prueba en el ámbito procesal, se pueden identificar los siguientes aspectos:[2]

a) La expresión prueba utilizada como medio de prueba: hace referencia a aquellos elementos que dan a conocer los hechos en cuestión, permiten confrontar y realizar afirmaciones que posteriormente reconstruirán esos hechos: los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitiva de los hechos que se pretenden probar.

b) El término prueba como resultado probatorio: es el producto alcanzado a través de los medios de prueba, es el conocimiento del hecho: las pruebas desempeñan una función justificadora, pues son elementos para elegir racionalmente las diversas aserciones en el proceso, confirmándolas o refutándolas.

c) El vocablo prueba como procedimiento probatorio: aquí participan los dos significados anteriores. Cuando la palabra prueba es utilizada en este sentido, se refiere a un pro-

1 CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Bogotá, Colombia. Temis: 2004. p. 57 – 58.

2 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid, España. Marcial Pons: 2004. p. 84 y 85.

ceso mediante el cual se constatan los hechos más importantes para la decisión, a través de los medios de prueba; es decir, se formulan o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos.

Dentro de la actividad probatoria que se presenta en todo proceso judicial, está presente la valoración de la prueba como etapa en la cual, el juez debe analizar los medios probatorios admitidos y actuados en mérito a sus conocimientos jurídicos, racionales y máximas de la experiencia para determinar si el acusado es culpable o no. De esta manera, la decisión del juez estará debidamente justificada sobre los elementos (jurídicos, racionales y de experiencia) ya expuestos, con lo cual, motivará si está o no probada, una determinada proposición sobre los hechos de un caso.

Los desarrollos doctrinales que en relación a las reglas de la sana crítica se han producido han establecido la distinción entre la sana crítica y libre convicción. Ello, por cuanto "las reglas que rigen a la primera constituyen pautas diseñadas para estructurar el criterio de juzgamiento tomando como materiales para tal efecto la atmósfera o ambiente generado por un proceso determinado, los parámetros que le suministra al funcionario judicial tanto su propia experiencia como la experiencia histórica acumulada en la Administración de Justicia, y, en muchos casos, las reglas producidas en el proceso evolutivo de ciencias, técnicas y artes en los que se apoya la actividad judicial".[3]

En ese sentido, es de anotar que la lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, por lo que, éstas no pueden ser consideradas como las apreciaciones originadas en la libre convicción del juez, sino por el contrario, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico; es decir, porque tales reglas no se fundan en el prejuicio del juez, sino en

3 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá, Colombia. Librería del profesional: 2007. p. 248.

elementos y fundamentos que procuran objetividad a la decisión judicial.

Siendo así, será necesario evaluar si las pruebas valoradas son "suficientes" para considerar si la tesis de las partes, esto es, del Ministerio Público, Imputado o Actor Civil, se encuentran probadas, estableciendo que la suficiencia puede ser fijado por el Derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo, cuando se funda la acusación mediante una convicción "más allá de toda duda razonable".

Para comprender si los elementos de valoración de prueba cumplen en el proceso penal sobre el debido análisis de los hechos, los sistemas procesales penales en los que rige el sistema de libre valoración como de la sana crítica, resulta útil diferenciar analíticamente dos momentos que integran lo que globalmente designamos como valoración de la prueba:[4]

El primer momento: sobre valoración probatoria en sentido estricto, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Asumiendo una concepción racional de la libre valoración, en este momento se trata de evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (máximas de la experiencia).

El segundo momento: sobre el resultado de la valoración en sentido estricto consiste, entonces, en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria (las cuestiones relativas a la credibilidad o autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indi-

4 FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Marcial Pons: 2007. p. 41

recta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basan las inferencias probatorias), así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata de probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

Conforme la forma inductiva del razonamiento probatorio, las pruebas admitidas no pueden demostrar la verdad de las proposiciones fácticas que han sido objeto del proceso, sino que sólo las corroboran en menor o mayor medida, en el que se trata de determinar si esas pruebas o, dicho de otra manera, el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es "suficiente" para tenerlas por probadas.

Precisar cuál es el nivel de suficiencia en un determinado procedimiento es la tarea propia de los estándares de prueba, **para determinar cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial**, a pesar de las condiciones de incertidumbre que se presentan en él, y de esta manera, asumir una decisión condenatoria o absolutoria en el caso concreto.

II. Estandares de suficiencia probatoria

Teniendo presente la concepción moral de larga tradición en Occidente, respecto de las finalidades del proceso penal como la justicia y la verdad, además de los costos sociales de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto, como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor gravedad que el error al absolver a un culpable.

Sin embargo, esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al no representar debidamente los hechos en un proceso penal, por la realidad social en la que están en curso las sociedades americanas como la peruana, aun con la vigencia del Principio de Presunción de Inocencia, ha traído como consecuencia que es preferible condenar a un inocente que absolver a un culpable, por lo que, la concepción moral clásica ha sido invertida, por otra, **donde la seguridad ciudadana es un Principio Social que de acuer-**

do a la percepción de una sociedad en concreto, se ha convertido en uno de los fines del proceso penal.

Por lo que, de acuerdo al contexto social que exige un proceso penal estigmatizado bajo el ideal de la seguridad ciudadana, crearía un contexto jurídico probatorio, donde los estándares probatorios sean menos exigentes para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación, con lo cual podemos concluir que una "mínima" suficiencia probatoria será **suficiente** para condenar a un imputado.

Lo sostenido anteriormente, colisiona con el estándar probatorio: "más allá de toda duda razonable", siendo esta afirmación una garantía constitucional y penal para el acusado, como bien lo dice, Taruffo cuando afirma que: "el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: este requiere un grado particularmente alto de convicción de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas 'irrazonables', con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente".[5]

Es importante señalar que el estándar de convicción: "más allá de toda duda razonable", es propio del derecho anglosajón, sin embargo en los sistemas jurídicos americanos en lo que concierne a la prueba, no tenemos experiencias de los sistemas de common law para evaluar si las pruebas aportadas permiten considerar "suficiente" aquel grado particularmente alto de confirmación de los hechos planteados por las partes, ya que en dichos sistemas penales existe los denominados juicios por jurados.

5 TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos. Madrid, España. Marcial Pons: 2010. p. 249

III. Contenido o elementos que componen la suficiencia probatoria

En el razonamiento probatorio judicial –y en general cuando se trata de cuestiones empíricas– no es posible alcanzar racionalmente conclusiones verdaderas o exactas, ya que una hipótesis fáctica que deba tenerse por probada puede, sin embargo, merecer algún grado de duda; con lo cual, el estándar sería: qué grado de duda puede ser tolerable. El término "suficiente" revela que la función del estándar de prueba es determinar cuándo los elementos de prueba son suficientes, o dicho de otro modo, cuál es el grado (mínimo o máximo) de convicción suficiente, es decir, como se representan los hechos planteados por las partes para llegar a un grado de certeza admitiéndose dudas tolerables acorde con los conocimientos jurídicos, racionales y las máximas de la experiencia.

Sin embargo, la invocación de la "suficiencia" es meramente enunciativa sea en el proceso penal como en los otros procesos, en el que se afirma: "sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados –o, en el mejor de los casos, analizados– el tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos se encuentran acreditados"; siendo este relato un estándar (por decirlo: mínimo) probatorio que se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción, sin que se aborde a través de una justificación reflexiva la cuestión de la "suficiencia" de las pruebas.

Los estándares vinculados a las pruebas suficientes (denominado también: suficiencia probatoria), se fundamentan en una declaración de culpabilidad del acusado o acusados, siendo relevante Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000 que declara en el apartado 120, que: "El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista **prueba plena** de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla". (Subrayado y negrita nuestro)

El término suficiencia también se encuentra mencionado en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 cuando establece que la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una **suficiente** actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, sin embargo no se establece su contenido o elementos para que el juez pueda motivar debidamente en un caso concreto sobre la condena o absolución en mérito a los hechos imputados.

Estando planteado el tema de los estándares para la configuración de la suficiencia probatoria, es importante la crítica que proviene de los seguidores de los sistemas de libertad de valoración probatoria, quienes afirman que tales reglas suponen una injerencia en las facultades de libre valoración que tienen los tribunales y supone la reaparición de reglas de prueba tasada, sin embargo, la jurisprudencia o incluso la propia ley puedan establecer determinadas reglas objetivas de utilización de la prueba así como de suficiencia probatoria (reglas de la sana crítica), indicando al juez cuáles son las condiciones objetivas requeridas para la utilización de algunas pruebas en relación a los hechos planteados por las partes, pero no determinan con carácter previo el valor o mérito de las mismas, esto es, su capacidad de persuasión para una condena o absolución.

El Juez una vez constatada la concurrencia de tales condiciones mantiene su libertad para atribuirles o no, valor probatorio en orden a estimar desvirtuada la presunción de inocencia, siendo los fundamentos racionales, jurídicos y de experiencia, para determinar si los medios de prueba en mérito a los hechos imputados (sucesos y conducta del acusado) resultan ser suficientes para una condena, aceptando un marco de duda tolerable, ya que como afirmamos la expresión "más allá de toda duda razonable", es un ideal anglosajón que no tiene experiencia probatoria en nuestro ordenamiento jurídico ya que no tenemos un sistema de juzgamiento por jurados.

La suficiencia probatoria es aquella valoración probatoria que se presenta cuando los elementos de prueba están referidos a los hechos objeto de imputación como a la conducta del imputado y tienen un carácter incriminatorio, estando los magistrados de Primera o Segunda Instancia obligados a valorar

debidamente la prueba conforme los estándares jurídicos, racionales y de experiencia; mientras que a la Sala de Casación le corresponde apreciar, de lo actuado en ambas instancias, la existencia de un auténtico vacío probatorio en lo concerniente a la valoración probatoria desde una perspectiva estrictamente normativa como lo es, el Principio de Imputación Necesaria.

La sentencia penal cumplirá los estándares de suficiencia probatoria cuando señala el material probatorio que fundamenta sus conclusiones, describa el contenido de cada elemento de prueba admitido, y lo valora, con las afirmaciones o negaciones de las partes en relación a los hechos manifestados en los sucesos de la realidad y la conducta del imputado; no expresando la suficiencia como una mera afirmación sino sobre una base motivacional que cumpla también con los deberes constitucionales al Debido Proceso en su manifestación de la Debida Motivación de resoluciones judiciales y a la Presunción de Inocencia.

IV. Jurisprudencia de la corte suprema y suficiencia probatoria

En función a la búsqueda realizada a la base de datos de la jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema de la República, se pudo apreciar que es mínima la referencia al contenido o estándares de la suficiencia probatoria, ya que la regla es que los jueces penales de las instancias pertinentes sólo la invocan de manera afirmativa sin ningún desarrollo motivacional siendo de esta manera razonable afirmar que los estándares probatorios son mínimos y de carácter solo enunciativo; sin embargo la Corte Suprema sí hace referencia a su contenido que consiste en dos elementos o estándares: elementos de prueba que representen los hechos desde la perspectiva de los sucesos en la realidad y la conducta del imputado, aplicando a tales elementos los conocimientos jurídicos, racionales y de experiencia.

IV.1: CASO JUDICIAL 01

Recurso de Casación N°: 03-2007/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

SÉPTIMO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio. Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en este motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior.

NOVENO (...): La motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión –no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate–. Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de la razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se

arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo-; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectivo- (…).

UNDÉCIMO: (…) En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice: lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (…).

IV.2: CASO JUDICIAL 02

Recurso de Casación N°: 10-2007/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal– Ello quiere decir, primero que las pruebas –así consideradas por la ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio (…).

Que la actividad probatoria sea suficiente implica: i) que las pruebas estén referidas a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado con los mismos; y, ii) que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio que puedan servir para sostener una condena.

IV.3: CASO JUDICIAL 03

Recurso de Casación N°: 41-2010/Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

QUINTO: Que uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de impugnación –al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan una carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio."

Conclusiones

- La expresión prueba utilizada como medio de prueba, resultado probatorio y procedimiento probatorio.
- La lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico.
- El grado de corroboración que los medios de prueba aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es "suficiente" para tenerlas por probadas a partir de un estándar mínimo probatorio.
- La realidad social peruana ha desvirtuado el Principio de Presunción de Inocencia, ha traído como consecuencia que es preferible condenar a un inocente que absolver a un culpable.
- El estándar de convicción: "más allá de toda duda razonable", es propio del derecho anglosajón e impone un estándar probatorio alto en aras de garantizar la libertad de una persona frente a la persecución penal del Estado.

- El término "suficiente" revela que la función del estándar de prueba es determinar el grado (mínimo o máximo) de convicción suficiente, es decir, como se representan los hechos planteados por las partes para llegar a un grado de certeza admitiéndose dudas tolerables acorde con los conocimientos jurídicos, racionales y las máximas de la experiencia.
- La invocación de la "suficiencia" es meramente enunciativa sea en el proceso penal como en los otros procesos, en el que se afirma: "sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados, más allá de toda duda razonable, los hechos se encuentran acreditados".
- Los estándares vinculados a las pruebas suficientes están contemplados en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 agosto 2000, que lo declara en el apartado 120.
- El término suficiencia está en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004: "la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales".
- La suficiencia probatoria es aquella valoración probatoria que se presenta cuando los elementos de prueba están referidos a los hechos objeto de imputación así como a la conducta del imputado conforme los estándares jurídicos, racionales y de experiencia.

Bibliografia

CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Bogotá, Colombia. Temis: 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Buscador de jurisprudencia.

FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Marcial Pons: 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid, España. Marcial Pons: 2004.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá, Colombia. Librería del profesional: 2007.

PODER JUDICIAL. Jurisprudencia sistematizada de la Corte Suprema de Perú.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos. Madrid, España. Marcial Pons: 2010.

Debido proceso y derecho a la verdad como defensa de los derechos humanos

Luis Arturo Ramírez Roa

Sumario. I. Introducción; II. La verdad mito o realidad de justicia; III. El problema de la verdad procesal; IV. El ostracismo de la verdad en los procesos judiciales; V. Clases de Verdad; VI. Protección constitucional de los derechos y garantías constitucionales en pro de la verdad en Colombia; VII. Conclusiones, VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las discusiones más recurrentes en el mundo jurídico es cuando hablamos del debido proceso y de su esencia jurídica: *"la verdad"*. La verdad de un hecho o suceso jurídico es el desarrollo de un comportamiento (*conducta)* humano en un momento determinado y la cual como actuación del hombre que ha trasgredido un derecho ajeno particular, o, colectivo debe establecerse mediante un proceso reglado que busca la paz social la solución justa al litigio a través de un tercero (*el Juez)*. Sin embargo, la verdad procesal que da fundamento a las soluciones en el campo judicial no se identifica la más de las veces con la verdad material de los hechos, aunque esté determinada por ellos y sustentada y amparada en las distintas formas probatorias. Esa verdad, que busca una verdadera justicia no debe corresponder a las vivencias emotivas ni intelectuales de los protagonistas, ni a las del Juez y debe fundarse, en cimientos ajenos a las emociones que en palabras del

psicólogo norteamericano Goleman, Howard Gardner[1], pueden jugar un papel fundamental a la hora de guiar, orientar y decidir el problema; luego, es normal equivocar a la razón, que se ve violada por las emociones: el dolor, la tristeza, la alegría, el amor, la sorpresa, la vergüenza, el disgusto, la venganza y la esperanza.

Estas circunstancias procesales pueden en determinado momento traicionar la verdad que debe ser la columna vertebral y la esencia de las decisiones judiciales.

Las sociedades modernas dentro de un marco constitucional de Estado Social de Derecho como el caso de Colombia,[2] delegan en una de las Ramas del Poder Público la función de Administrar Justicia,[3] para solucionar los conflictos que surgen al interior de la sociedad, tarea encargada por el constituyente a un tercero: *"el Juez"*. Esto es un avance importante, porque el desarrollo procesal y el cambio en la forma de hacer justicia reemplaza al otrora sistema de la fuerza, las acciones de hecho que en épocas remotas funcionó en las sociedades como forma de resolver los conflictos; esto, sin perjuicio de los procesos que aún prevalecen bajo el imperio de la autocomposición o los mecanismos alternativos de resolución voluntaria de conflictos.[4]

La historia de los comportamientos humanos, y de los efectos que ella determina, ha sido siempre compleja, completa y variada de la que se podrá rehacer y, probar, en un proceso. En el proceso los hechos deben vaciarse en procedimientos y formas preestablecidas, en medios de prueba[5] oportunos, pertinentes y legales que nos conduzcan a la verdad.

1 Citado por Vicente Garrido Genovés y Santiago Redondo Illescas. Manual de criminología aplicada. Ediciones Jurídicas Cuyo. Pág. 23-29.

2 Artículo 1° de la Constitución Política de Colombia.

3 Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

4 En Colombia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentran plasmados en las leyes 23 de 1991; ley 640 de 2001; ley 446 de 1998; ley 497 de 1999 (Jueces *de Paz)*.

5 Benigno Humberto Cabrera Acosta. Teoría General del Proceso y de la Prueba. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Quinta Edición. Pág.347.

Luego, la verdad que es probada con los hechos, es el fundamento de las valoraciones jurídicas que deben hacerse por el operador judicial. Sin ellos, reconvertidos en pruebas, no se podrá justificar una decisión judicial. Generalmente la verdad histórica es distinta a la verdad procesal; y estas dos, a la verdad verdadera (*verdad material)*.

II. La verdad mito o realidad de justicia

2-1. Aproximaciones Teóricas. El juez como principal dispensador de justicia debe obtener la verdad real a través del garantismo y el activismo procesal, que es por excelencia la que nos lleva a impartir una verdadera justicia, y el fin último de la confianza depositada en él por los habitantes del conglomerado social, y el hecho de no poder llegar a ella, algunas veces nos impone la obligación de crear una ficción, es decir la verdad procesal, como justificación de los fallos judiciales; lo que nos lleva a determinar que existe un ser: (verdad procesal) y un deber ser: (verdad real).

La fuente de la verdad es el proceso, las pruebas determinan los hechos y el juez no puede seguir bajo el modelo histórico de atenerse a lo que obra en este, aplicando la máxima "*Es lo que se probó en el proceso"*. Hoy se exige un juez activo y razonable.

La realidad nos dice y muestra que esta discusión se vuelve inoficiosa en la práctica pues, aunque debemos tratar de llegar a la verdad real, la misma en la actividad judicial no se logra la más de las veces, lo cual se ha convertido en un mito y una esperanza para los usuarios y operadores de la administración de justicia. Por lo cual estos dilemas nos generan las siguientes preguntas: ¿qué es lo mejor?, ¿de qué manera contribuimos a la eficiencia, transparencia y mejoramiento de la administración de justicia?

Deviene del latín *probus,* que quiere decir bueno, correcto, recto, honrado. Así pues, lo que resulta probado, es bueno es correcto, es auténtico, lo que responde a la realidad, es decir probar, significa verificar o demostrar autenticidad.

Respondemos que ello solo es posible teniendo en cuenta que la única verdad que debe lograr un Juez; es la que resulte de su activismo y garantismo atendiendo siempre las garantías constitucionales, los principios del derecho sustancial y procesal que muchas de las veces rebosan los contenidos legales y la actuación de buena o mala fe de todos y cada uno de los intervinientes y no de la pasividad de los operadores judiciales y de las premisas dogmáticas.

En sí lo que siempre se espera es que la sentencia judicial debe fundamentarse en la verdad material, que generalmente será el fin de la actividad procesal; es decir, que lo que es, siempre tenga en cuenta el deber ser, pues no se quiere que la apariencia venza a la realidad.

2.2. Derecho a la Verdad. El derecho a la verdad procesal es trascendental en la construcción de la paz y la administración de justicia, es de suma importancia que la Organización de las Naciones Unidas "ONU", ha establecido el 24 de marzo como día internacional para el derecho a la Verdad en relación con las violaciones a los derechos humanos, teniendo en cuenta que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.[6]

El análisis de la verdad en el proceso judicial implica la resemantización del concepto a fin de situarlo en la dinámica propia de los actos procesales. Como los problemas relativos a la verdad no son susceptibles de una posición unívoca, debemos entonces en la medida de lo posible abandonar una visión clásica del problema para examinar su perspectiva y relevancia en el proceso. En este sentido, asumimos un concepto de verdad que permita tomar distancia de posiciones dogmáticas o escépticas. No puede plantearse, a priori, que la verdad es objetiva o subjetiva, absoluta o relativa, racional o empírica. Adoptar una de estas posiciones implicaría ver el problema de una forma unilateral e inflexible. Por tanto, se propone que la verdad es una pluralidad de sentidos e interpretaciones

6 Resolución 65/196 del 21 de diciembre de 2010, aprobada por la Asamblea General, en su 71ª Sesión Plenaria de la ONU.

que enriquecen la controversia jurídica, política, científica o filosófica en el proceso y que debe estar acorde con los principios internacionales establecidos en procura de la verdad y la lucha contra la impunidad. Probablemente este argumento parezca una contradicción en los términos; sin embargo, con el fin de llegar a una visión aproximada de la realidad jurídica, es necesario abandonar las especulaciones metafísicas sobre la verdad y someter a un juicio razonable toda forma de dualismo polarizado y excluyente.

Los nuevos sistemas constitucionalistas y el derecho procesal constitucional como forma verdadera de administrar justicia, está llamando urgentemente a reformular las concepciones tradicionales de verdad, para que las mismas arrasen esos paradigmas antiguos y porque no decirlo actuales en muchos Estados que se quedan en meras expresiones, deseos procesales y expectativas de un ordenamiento jurídico que permita la sostenibilidad de la democracia y la paz.

La verdad en el desarrollo procesal, se ha convertido en un mito, como ya lo expresamos renglones atrás. Los paradigmas procesales, nos muestran por ejemplo en el campo penal inocentes juzgados y condenados y culpables absueltos y aún más grave los Gobiernos no logran a través de los sistemas técnicos, científicos y razonables judiciales establecer la verdad de los conflictos y la violación de los derechos humanos, viéndose abocados a expedir normas que violan los derechos de las víctimas a conocer la verdad verdadera de los sucedido[7] y en las áreas del derecho privado sentencias injustas y distanciadas de la realidad. Lo anterior, sucede porque para el juez sólo es verdadero lo que aparezca probado en el proceso, alejándose su actividad, garantismo y activismo constitucional procesal que debe cumplir.[8]

7 Ley 975 de 2005, llamada en Colombia *"ley de justicia y paz". Dicha ley no ha logrado ni justicia, ni paz en Colombia.*

8 El artículo 174 del ordenamiento procesal civil colombiano dice: *"toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".*

III. El problema de la verdad procesal

Inicio con señalar la siguiente frase del francés Louis Joinet:[9]

> *"No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones". "protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse".*

Colombia como Estado Social de Derecho[10] su memoria histórica nos lleva a un escenario donde la impunidad[11] ha venido vio-

9 Louis Joinet, magistrado y abogado general emérito de la Corte de Casación Francesa y antiguo Relator Especial de Naciones Unidas, experto en temas de derecho humanos, fue relator por más de una década para Ahiti.

10 Artículo 1° de la Constitución Política de Colombia. Esta fórmula de Estado Social de Derecho es la síntesis de tendencias históricas que reflejan la superación del esquema liberal tradicional, pasando a una estructura de Estado en el cual la función pública debe estar en consonancia con la Carta Política que debe contener mecanismos que la aseguren dentro de un garantismo constitucional.

11 Hago especial referencia a la impunidad penal, sin desconocer la negación de una verdadera justicia en las ramas del derecho privado. La discusión sobre la impunidad en Colombia y en suma en todos los países del mundo no es nueva, esta situación que podemos conceptuar como la ausencia de investigación, juzgamiento y castigo quien incurre en delito o incumplimiento de sus obligaciones privadas o públicas consagradas en la Constitución o la ley, ha sido una constante en el desarrollo histórico-jurídico de las sociedades. Sin embargo esta recurrencia no implica homogeneidad en las causas y en las explicaciones del fenómeno, ya que una cosa es entender la impunidad como resultado de la incapacidad material del aparato de justicia, propio de los países subdesarrollados; y otra entendida como una estrategia estatal de ocultamiento de su responsabilidad y de sus agentes legales o ilegales consolidando prácticas político militares violadoras

lando los derechos humanos, dado que como en el resto del mundo no ha sido combatida de manera eficaz y tenemos en consecuencia, un País donde la verdad como requisito de justicia,[12] está lejos de alcanzarse porque convergen varios elementos, tales como: i) No se garantiza la aplicación de la constitución; ii) No se desarrolla y aplica la convención americana de los derechos humanos; iii) no existe una política pública de administración de justicia; iv) existe omisión legislativa; v) la corrupción, y la infiltración lograda por grupos al margen de la ley como: narcoterroristas y paramilitares en las altas esferas del Gobierno, el Legislativo y en contadas ocasiones en la Rama Judicial.

Ante este paradigma, es camisa de fuerza hacer un análisis de la realidad de la verdad que se establece en los procesos actuales y las políticas criminales que se desarrollan en los distintos países que nos conducen a preguntarnos: ¿por qué no hay verdad material en la mayoría de los procesos judiciales? ¿La búsqueda de la verdad debe ser un objetivo o una finalidad inescindible en el proceso? ¿Cuál es la función de la prueba en la búsqueda de la verdad? ¿Cuál debe ser el rol del juez en la búsqueda de la verdad? ¿Y cuál el de las partes y sus mandatarios?

Obviamente, el debate presenta una discusión filosófica, jurídica, política y social, que es imposible abarcar de manera razonable en el presente trabajo, sin embargo, daremos algunas macro pinceladas al respecto.

Luego, es pertinente señalar: 1) si la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso tiene incidencia constitucional y, por consiguiente, si puede considerarse de obligatoria observancia para el juez; 2) cómo debe actuar el juez imparcial

---

de los derechos humanos difíciles de aceptar y entender en un Estado Social de Derecho como es el colombiano.

12 El derecho a la verdad ha surgido como un concepto jurídico en diferentes jurisdicciones y ha adoptado diversas formas. Sus orígenes se remontan al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, refrendado por el derecho internacional humanitario en los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977

e independiente en la búsqueda de la realización de los derechos e intereses en conflicto en el proceso; y, 3) en situaciones en las que se presenta tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales, cuál debe ser el rol del juez?

Consideramos que, la impunidad se supera implementando procesos judiciales eficaces, incrementando el presupuesto y los recursos destinados a la administración de justicia y brindando una capacitación adecuada a los operadores judiciales que debe iniciar desde su formación académica, situación que nos obliga hacer un llamado importante a las Universidades y especial a las facultades de derecho para que desde allí se siembre la semilla de velar y procurar por el cumplimiento de las garantías constitucionales que lleven a establecer la verdad en los procesos sometidos a un Juez. En segundo lugar, la impunidad se supera sólo si se devela el papel estratégico que ha jugado el sistema judicial y las prácticas estatales, respaldadas por la ley, en la destrucción de grupos sociales por móviles políticos, sociales y culturales constituyéndose en un elemento fundamental dentro de la compleja maquinaria represiva establecida para sostener un orden social y económico excluyente.

En tercer lugar, necesitamos ciudadanos que actúen bajo el imperio de la buena fe, la verdad y la colaboración desinteresada con la administración de justicia, dando estricto cumplimiento al mandato constitucional.[13]

Es importante que las políticas públicas apunten al establecimiento y desarrollo real de Estados en la búsqueda de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme re-

13 El artículo 95 de la Constitución Política, establece los deberes y obligaciones de los ciudadanos colombianos, como miembros de la comunidad nacional, entre los cuales están…7. Colaborar con la buena administración de justicia.

levancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia.

De hecho, una decisión judicial en el marco de las garantías constitucionales no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del desacatamiento normativo. Bien decía el maestro procesalista italiano Francesco Carnelutti, *"cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso, es el descubrimiento de la verdad"*. Es, pues, la verdad en el proceso un presupuesto de justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

IV. El ostracismo de la verdad en los procesos judiciales

> "La justicia provee clausura; su ausencia no sólo deja heridas abiertas, sino que su misma negación restriega sal sobre ellas".
>
> *Crocker*

La sociedad busca afanosamente en la administración de justicia que se establezca la verdad material en las infracciones o incumplimiento de la Constitución y la ley.

Generalmente la verdad se retrotrae muchas de las veces a lo que las partes quieren que se decida por el Juez y eso lleva a la exclusión de la averiguación de la verdad. Así lo que se consagra jurisdiccionalmente es una voluntad, y no una realidad.

Considero que la actividad más importante que se cumple en el proceso judicial es el establecimiento de la verdad.[14]

14 En la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional de Colombia T-204 de 1997, se señaló: *"No se pueden sacrificar los referidos derechos, con la exigencia de formalismos extremos que no se acompasan con el mandato constitucional de la efectividad de los derechos y de la prevalencia del derecho sustancial. Las formalidades procesales sólo se conciben como medios para garantizar la validez y la eficacia de los actos procesales, en cuanto éstos tien-*

Todo proceso judicial persigue como finalidad específica inmediata, la fijación de los hechos fundamentales de las pretensiones de las partes, mediante la búsqueda y adquisición de la verdad a través de la actuación en iguales condiciones[15] en el proceso incluido el director del mismo y todos los intervinientes.

En la obtención de la verdad se debe preservar la independencia e imparcialidad del juez y las garantías constitucionales de las partes. Es el método lógico o ideológico en la realización del derecho sustantivo, conformado por las dos premisas del llamado silogismo judicial: 1) la resolución del conflic-

---

dan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales". Lo anterior exige a los jueces su participación activa garantista en los procesos y no su apego exegético a la norma procesal. (Apuntes cátedra de derecho procesal regentada por Luis Arturo Ramírez Roa. Pág.25)

15 El principio de igualdad domina el proceso y es una garantía fundamental para las partes. Importa aquí el tratamiento igualitario para las partes y surge del principio de igualdad ante la ley.

El debido proceso significa que las partes se presentan ante el juez en iguales condiciones, de tal manera que las personas, al ejercer una acción o derecho, serán protegidas por la ley de un modo igual, cualquiera sea el órgano ante el cual presenten sus peticiones. Por lo tanto, en un proceso el juez debe decidir el asunto controvertido de dos partes que han llegado en las mismas condiciones.

La jurisprudencia constitucional española ha denominado a esta manifestación del debido proceso, "igualdad de armas" para referirse a la igualdad de situación procesal entre las partes.

En opinión de Jorge Federico Lee, el término utilizado por la jurisprudencia española no es el adecuado ya que la utilización de la voz "armas" le da un tono beligerante, no obstante ser un concepto elaborado por los tribunales al pronunciar las sentencias.

La igualdad de las partes es un elemento fundante del proceso. Es la representación del principio de igualdad formal que dirige la sociedad liberal y sus estructuras sociopolíticas, se incorpora al modelo típico de proceso vigente en el liberalismo como codificación de la normalidad y de los instrumentos de reacción de los que se dota a los sujetos actuantes en el plano de las relaciones materiales como personas libres e iguales. (Apuntes cátedra de derecho procesal regentada por Luis Arturo Ramírez Roa. Pág. 35)

to, con fundamento en la verdad y 2) la norma jurídica vigente en la cual esa cuestión de hecho resulta encuadrada y en consecuencia la ejecución forzada de ese resultado cognoscitivo.

Sin embargo, a pesar de todas las premisas Constitucionales y la aplicación de normatividad internacional en el Estado colombiano[16] no es posible afirmar que el desarrollo jurisdiccional se culmine con sentencias que contengan una verdad real de los acontecimientos, de los hechos y de las pruebas.

Así mismo, el artículo 123 de la Carta establece que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, todo este abanico de mandatos constitucionales están dispuestos al servicio de la comunidad y así cumplir uno de los fines esenciales del Estado.[17]

16 El marco normativo del bloque de constitucionalidad en Colombia, lo integran seis artículos, así: a) El artículo 9º, reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia; b) El artículo 93, establece 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"; c) El artículo 94, establece que: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"; d) El artículo 214 al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario"; e) El artículo 53 preceptúa: "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna".

17 La Constitución política de Colombia en su artículo 2, dice: "*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones*

Bajo estos mandatos constitucionales el operador judicial debe garantizar la efectividad de los derechos y deberes de los intervinientes quienes junto con el Juez deben obrar con absoluta rectitud, con extrema responsabilidad, total integridad, imparcialidad y objetividad.

El principio de la Buena Fe Procesal impone a las partes litigantes el deber de rectitud, honradez y buen proceder en la defensa de sus intereses jurídicos en el marco de un proceso judicial. Les exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, debiendo sancionarse por ende cualquier exceso en el caso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas.

En la misma línea se encuentra lo dispuesto en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, que en su artículo 5° dispone: "*que las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, el respeto que se deben los litigantes y la lealtad y buena fe. El Juez deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria*". Aquí encontramos una premisa muy importante y es que se faculta expresamente al juez para sancionar a quienes observen una conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia.

El código de Procedimiento Civil Colombiano,[18] establece como deberes de las partes y sus apoderados la lealtad, la buena fe,

---

que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

18 El artículo 71 del C. P. C., establece como deberes de las partes y sus apoderados las siguientes: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos. 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales. 3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de éste, a las partes y a los

obrar sin temeridad, evitar expresiones injuriosas, colaborar con el Juez, so pena de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados.[19]

Sin embargo, la discusión acerca de si estos principios de buena fe y de lealtad procesal deben ser realmente normas jurídicas exigibles y ¿se cumplen? O, por el contrario, apenas aspiraciones o recomendaciones éticas o en otras palabras *"ley muerta"*.

El distanciamiento a dichos principios de los intervinientes en las actuaciones jurisdiccionales de unos y por ende es una utopía pensar en procesos que logren su objetivo de encontrar la verdad material y no conformarse con la verdad proce-

---

auxiliares de la justicia. 4. Comunicar por escrito cualquier cambio de domicilio o del lugar denunciado para recibir notificaciones personales, en la demanda o en su contestación o en el escrito de excepciones en el proceso ejecutivo, so pena de que éstas se surtan válidamente en el anterior. 5. Concurrir al despacho cuando sean citadas por el juez y acatar sus órdenes en las audiencias y diligencias. 6. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra. 7. Abstenerse de hacer anotaciones marginales o interlineadas, subrayados o dibujos de cualquier clase en el expediente, so pena de incurrir en multa de un salario mínimo mensual. 8. Comunicar a su representado el día y la hora que el juez haya fijado para interrogatorio de parte, careo, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder.

19 El artículo 72 del C. P. C., establece con respecto a la responsabilidad patrimonial de las partes en un proceso lo siguiente: "Cada una de las partes responderá por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del Artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado. A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.

sal. Entendemos por verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados. Aplicando la máxima de *"dadme los hechos os daré el derecho"*.

Significa este principio que lo que importa para el juez es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella lo que le da la rectitud y legalidad, aunque en ocasiones la realidad sea diferente.

En ese orden, los fines y objetivos de la administración de justicia basada en la verdad material se encuentra hoy en el ostracismo y en consecuencia, quienes acuden por medio de la heterotutela ven sus pretensiones frustradas y a veces se concibe la no creencia en las decisiones judiciales y se acude como en muchas de las veces a la justicia directa y a las vías de hecho.

V. Clases de verdad

> "Somos más sinceros cuando estamos iracundos
> que cuando estamos tranquilos"
>
> Marco tulio Cicerón.

En la actividad procesal y en cumplimiento del debido proceso, podemos señalar las siguientes verdades:

5.1. Verdad procesal. Siguiendo lo establecido en los ordenamientos procesales civil y penal colombiano[20] el Juez solo puede tener por existentes los hechos que aparezcan demostrados en el proceso de manera plena y completa y sólo con base en ellos debe proferir su decisión. Luego, para el juez solo es verdadero lo que aparezca probado en el proceso.

20 El artículo 174 del C. P. C., establece: "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

El artículo 9° del Código de Procedimiento Penal (ley 600/00), manifiesta que la actuación procesal se desarrollara teniendo en cuenta los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código.

Lo ideal es que la verdad procesal coincida con la realidad de los hechos, con la verdad material, pero no siempre la verdad procesal corresponde a la verdad material.

Empero, la *verdad procesal o formal,* es aquella que las partes justifican ante un tribunal mediante el sistema de prueba legal y formalmente obtenida e introducida al juicio. En otras palabras, la verdad procesal se reduce al acreditamiento mediante la prueba idónea y lícita, formalmente obtenida y válidamente introducida, para justificar un hecho y la responsabilidad o participación del demandado o imputado en el delito, o bien, desde el punto de vista del demandado o imputado y su defensa, justificar plenamente la conducta asumida o inocencia de éste. Esa verdad procesal que, ya en la sentencia debidamente ejecutoriada, se convertirá en una *verdad legal particular* (autoridad de cosa juzgada).

En síntesis, podemos decir que la verdad procesal, también llamada formal, jurídica, ortodoxa y convencional, la cual se configura mediante una indagación regulada en las formas legales y de conformidad con los extremos probatorios aportados por las partes con un objetivo claro y definido: establecer su verdad, de conformidad con leyes preestablecidas respecto de la fijación de los hechos que pueden o no coincidir con la verdad material y permanecen por completo independientes de ella. Lo que nos genera una verdad *"ficta"* o *"verdad mentirosa",* pero al fin y al cabo verdad establecida a través de un proceso judicial constitucional y legalmente preestablecido.

5.2. Verdad material. Es la misma verdad real y verdadera cuya verificación conduce a una indagación histórica y una participación activa del juez, que le exige apartarse de las formalidades legales y conformismo probatorio que alleguen las partes; pero encuadrando sus decisiones a la realidad de conformidad con las garantías constitucionales.

En busca de la verdad material nos surge la siguiente pregunta: ¿Hasta dónde es capaz la mente humana de alcanzar y establecer la verdad?

La verdad completa, total, absoluta, es algo que quizá nunca podremos alcanzar. Pero es algo hacia lo cual siempre debemos caminar y aproximarnos cada vez más. Avanzamos

hacia la verdad total, razonada y comprehensiva, que abarca no sólo los hechos particulares sino los postulados constitucionales, las leyes y la aplicación del cosmopolismo jurídico e interconexiones generales, mediante una serie de verdades particulares, provisionales y aproximadas. La verdad formulada por algún individuo o por la humanidad en un momento dado, siempre es aproximada, incompleta y sujeta a corrección. Por tanto, la suma de las verdades incompletas, particulares, provisionales y aproximadas siempre son un acercamiento a la meta que esperamos algún día sea alcanzada de la verdad completa comprensiva, final y absoluta.

Para alcanzar la verdad material, la administración de justicia, en un Estado Social de Derecho que se autoproclama garantista y constitucional, debe ser fortalecida tener la mejor logística y capacitación de los operadores judiciales para entregar unos resultados que permeen el tejido social. Administrar justicia en esta forma de Estado requiere que la solución de los conflictos judiciales o pretensiones particulares o colectivas se hagan reales, vigilando al mismo tiempo el respecto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionalmente establecidas y asegurando condiciones aptas para la existencia digna de la sociedad, sin los cuales allanaríamos y desconoceríamos de manera burda los principios de dignidad humana, de solidaridad y de verdad material.

VI. Protección constitucional de los derechos y garantías constitucionales en pro de la verdad en Colombia

En las dos últimas décadas, la Honorable Corte Constitucional de Colombia ha tenido un protagonismo en la vida política colombiana que es reconocido no sólo por quienes apoyan su labor sino incluso por sus más feroces críticos.[21] No hay

21 La Corte Constitucional, es cuestionada debido a ese protagonismo social, político, económico y cultural en defensa del Estado-Real-Social ya que algunos consideran que su intervención permanente en los más disímiles temas es excesiva, perjudicial, e incluso antidemocrática, pues Colombia dicen sus críticos va camino a una especie de

duda sobre la importancia política de la Corte. Sobre el norte tomado con su jurisprudencia, que ha generado los más enconados debates en todos los ámbitos de la sociedad colombiana y latinoamericana. Así, algunas de sus decisiones han sido calificadas como regresivas y han sido criticadas en forma severa por los movimientos sociales y de derechos humanos y otras como progresistas y acordes con la realidad colombiana.

Las decisiones de la Corte Constitucional han sido trascendentales en la protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. Esto la ha llevado a tomar decisiones osadas, incluso en términos internacionales; así, por ejemplo, la Corte despenalizó el consumo de drogas y la eutanasia, estableció estándares estrictos y únicos a nivel mundial para los casos de hermafroditismo, restringió el uso de los estados de excepción por el Presidente, y modificó el alcance de los planes gubernamentales de salud. Y esto no es todo; la Corte también ha amparado los derechos de los estudiantes contra las autoridades educativas, ha tratado de mejorar las condiciones de las cárceles y ha protegido a grupos sociales cuyos reclamos antes los jueces no solían tener éxito, como los sindicalistas, los indígenas, las mujeres, las minorías religiosas, los homosexuales, los vendedores callejeros, los enfermos de SIDA o los deudores del sistema financiero. Etas polémicas decisiones consideramos que es un acercamiento importante en busca de la verdad material de los conflictos de los colombianos.

La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que, en cierta forma, ha sorprendido a la sociedad colombiana, por su orientación progresista y activista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales, que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, que ven en las decisiones

gobierno de los jueces, en donde la Corte se estaría convirtiendo en una especie de superlegislatura y supertribunal.

de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos.

Esta experiencia constitucional colombiana es atípica y no parece tener mayor relación con lo contra-hegemónico: por un lado, estos casos nacen en una institución del Estado liberal capitalista contemporáneo y, por el otro lado operan a través del derecho, considerado como el instrumento más esencial de la dominación en dicho modelo de Estado.

En segundo término, los diseños procesales han hecho que en Colombia el acceso a la justicia constitucional sea muy fácil y poco costoso. Así, desde 1910, existe la acción pública, en virtud de la cual, cualquier ciudadano puede pedir que se declare la inconstitucionalidad de cualquier ley, sin necesidad de ser abogado y sin ningún formalismo especial.[22]

22 Los artículos 241 y 242 de la Constitución Política colombiana establecen el procedimiento de control constitucional sobre las leyes y actos legislativos que tienen los ciudadanos en los siguientes términos: ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobier-

Pero eso no es todo, una de las preocupaciones que tuvo el Constituyente de 1991 en relación con los derechos de las personas fue establecer las acciones y mecanismos apropiados para su protección, es decir para evitar que ellos sean vulnerados bien por el Estado o por los particulares. Es así como los considero una exigencia de satisfacción por parte del Estado o de la administración pública y de ciertos particulares, lo que condujo no solo a su protección sino a su efectividad y materialización a través de acciones constitucionales, para lo

---

no con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento.

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

ARTICULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

cual creó también la *acción de tutela,*[23] en virtud de la cual cualquier persona puede, sin ningún requisito especial, solicitar a cualquier juez la protección directa de sus derechos fundamentales; la *acción de cumplimiento,*[24] que le permite a cualquier ciudadano acudir ante el Juez contra toda acción u omisión de autoridad pública que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos; la *acción popular,*[25] facilita que

23 De la acción de tutela el artículo 86 constitucional dispone: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

24 En cuanto a la acción de cumplimiento el artículo 87 de la Carta Política, reza: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

25 De las acciones populares la Constitución de Colombia, dice en sus artículos 88-1, 89 92, lo siguiente: ARTÍCULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

ARTICULO 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

ARTICULO 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.

cualquier persona acuda ante el Juez contra autoridades públicas o particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos y la *acción de grupo,*[26] que permite a un grupo de personas naturales o jurídicas (*no inferior a 20)* que hayan sufrido un perjuicio individual acudir al Juez en procura del reconocimiento y pago de los perjuicios. La facilidad de acceso a la justicia constitucional ha favorecido el protagonismo de la Corte pues resulta relativamente fácil para los ciudadanos convertir un reclamo en una discusión jurídica, que debe ser constitucionalmente decidida, y en un tiempo bastante corto, por la justicia constitucional. Estas posibilidades populares de acceso a la justicia constitucional han mostrado y han permitido establecer la verdad las distintas situaciones jurídicas que buscan satisfacer derechos fundamentales y garantías constitucionales que amparen y satisfagan el derecho a: la *educación, la salud, la vivienda, el trabajo, el debido proceso, a un ambienta sano, etc.,* lo que genera obviamente mayor influencia política de la Corte Constitucional.

Otra consideración está en que, los diseños procesales de la justicia constitucional confieren igualmente un enorme poder jurídico a la Corte, no sólo porque tiene amplias competencias para revisar la constitucionalidad de las leyes sino también porque, por vía de tutela, puede igualmente afectar las decisiones de los otros jueces.[27]

26 El mismo artículo 88 Constitucional en su inciso segundo prevé: "También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares".

27 Sentencia C-543 de 1992, con la cual la Corte Constitucional declaro inexequibles los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 que reglamento el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. El texto de dichos artículos era del siguiente tenor: Artículo 11.- Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente. Artículo 12.- Efectos de la caducidad. La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley. (negrillas y subrayas fuera de texto).

Esto facilita su activismo, puesto que, la sociología comparada ha mostrado que tiende a haber mayor protagonismo judicial de cúpula en aquellos países en donde una sola Corte concentra la mayor parte de las atribuciones y es Suprema, como en Estados Unidos, que, en aquellos otros, como Francia, en donde ese poder está distribuido en distintos tribunales y jurisdicciones. Todo lo anterior, explica la generosidad en materia de derechos de la Constitución del 91, que no sólo recoge los clásicos derechos civiles y políticos, sino que confiere gran fuerza normativa a los derechos sociales y a los llamados derechos colectivos o de tercera generación, mientras que la Constitución de 1886[28] contenía un listado bastante pobre de derechos constitucionales. Por ejemplo, no establecía expresamente el derecho a la igualdad, ni el hábeas corpus, ni ningún mecanismo directo de protección de los derechos constitucionales, tipo amparo o tutela. Además, la fuerza jurídica de esos derechos constitucionales en el ordenamiento anterior era muy precaria, pues en la práctica amplios sectores de la doctrina y la rama judicial no consideraban que la Constitución fuera una norma jurídica directamente aplicable en los casos concretos. En cambio la Constitución de 1991, atribuye una particular fuerza jurídica a los derechos humanos, ya que no sólo señala que la mayor parte de las normas constitucionales que contienen esas garantías son directamente aplicables (C. P., art. 4º y 85) sino que además establece que los tratados en la materia prevalecen en el orden interno y constituyen criterio de interpretación de los derechos constitucionales (C. P., art. 93), que los derechos humanos no pueden ser suspendidos en estados de excepción (C. P., art., 214), que en todo tiempo y lugar rigen las reglas del derecho internacional humanitario (C. P., art. 214), y que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna (C. P., art. 53).

Así mismo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido la acción de tutela contra providencias judiciales ejecutoriadas dado que con dicho mecanismo se ha logrado establecer la verdad y materializar el debido proceso en asuntos que

28 Derogada por la Constitución Política de 1991, de conformidad con lo establecido en el artículo 380 de la Carta Vigente.

ya eran cosa juzgada pero que habían trasgredido los mandatos constitucionales.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional colombiana, podemos señalar que para que proceda la acción de tutela contra sentencias ejecutoriadas se requiere que se demuestre las vías de hecho y se cumplan los demás requisitos de procedibilidad.

En principio, ha dicho la Honorable Corte Constitucional la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, salvo que éstas constituyan vías de hecho y se cumplan todos los otros requisitos de procedibilidad de la anotada acción. En este sentido, la tutela sólo será procedente en aquellos casos en los cuales quien la interponga no cuente con ningún otro mecanismo judicial de defensa o cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre uno o varios de los derechos fundamentales del demandante.

La Corte ha considerado que una sentencia podrá ser atacada a través de la acción de tutela cuando: *(1) presente un defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.*[29]

En otra de sus providencias la Corte manifestó: *"Las vías de hecho no siempre dan lugar a la acción de tutela, porque, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, para que proceda la acción*

29 En la sentencia No. T-162 de 1998, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en torno a la tutela contra sentencias judiciales.

referida contra providencias que presentan en su contenido el vicio de las vías de hecho, deben concurrir los siguientes requisitos: Que la conducta del agente carezca de fundamento legal; Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente; Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado".[30]

De este modo, los derechos fundamentales, otrora sólo objeto de consagración normativa y discusión académica, hoy se asumen como facultades inviolables en tanto manifestaciones de la dignidad humana que vinculan a los poderes públicos e incluso, en algunos casos, a los particulares y que son susceptibles de judicializarse en aras de su reconocimiento efectivo gracias a un procedimiento preferente y sumario. Por ello, si la principal característica del constitucionalismo contemporáneo viene determinada por el reconocimiento del carácter normativo de los Textos Fundamentales, no puede desconocerse que la exigibilidad de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, frente a supuestos específicos de vulneración o amenaza, ha jugado un papel central en tal reconocimiento.

De otro lado podemos decir que la acción de tutela contra decisiones judiciales está legitimada también por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo establecen los artículos 2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y políticos y el artículo 25 de la Convención Americana incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta.[31]

30 Sentencia No. T-327 de 1994.

31 El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, establece: "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

Dichas normas establecen la obligación de los Estados partes de implementar un recurso sencillo, efectivo y breve de protección real y material de los derechos fundamentales contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que pudiera vulnerarlos. En este sentido, el artículo 25 de la Convención Americana señala: *1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

Pero esos instrumentos de derecho público internacional no sólo le imponen al Estado colombiano la obligación de consagrar un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, sino también la obligación de garantizar el cumplimiento de las decisiones proferidas al resolver ese recurso.

VII. Conclusiones

La verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo o sociedad a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones particulares, masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar

deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron los daños y perjuicios, y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. El autor Rodolfo Mattarollo, afirma sobre la verdad: "*el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido integra hoy derecho internacional consuetudinario. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes*".[32]

En una posición intermedia entre la inexistencia absoluta de la verdad penal y la reconstrucción judicial de la verdad formal, Taruffo nos dice que: "el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles… es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular". De igual manera, la corriente del *garantismo* distingue la verdad jurídica de la verdad factual, para concluir que la decisión judicial justa debe aproximar el vínculo entre verdad judicial, garantías penales y procesales y la verdad fáctica que da origen al proceso.

Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse justicia material, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso.

Dentro de la dicotomía procesal entre el garantismo y activismo pareciera ser que el garantismo procesal impidiera construir y descubrir la verdad en los procesos. Sin embargo, esta apreciación en mi sentir es errada, dado que precisamen-

32 Citado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia, C-396 de 2007.

te el Estado debe estar en la capacidad constitucional de establecer la verdad, pero que la misma se frustra cuando fluye la corrupción en los organismos del Estado y de la violación del principio de la buena fe y el debido proceso que impone la administración de justicia.

La justicia, la verdad, la solución de los conflictos, la estabilidad y la paz social son condiciones teleológicas que envuelven al proceso jurisdiccional. Para Muñoz Sabaté, "[…] el fin del proceso es la realización del derecho, su declaración y aseguramiento, el mantenimiento de la paz justa, pero jamás el conocimiento de la verdad con certeza" (1997: 48). En este sentido, se difiere del autor citado porque, si bien resulta difícil alcanzar la verdad en algunos casos, también es problemático renunciar a ella de manera anticipada y sin una justificación razonable. Aunque el fin esencial del proceso no es exclusivamente la verdad, existen mecanismos jurídicos para que las partes *se aproximen a ella* siempre y cuando se haya actuado con la regularidad debida. Así, cuando una de las partes constata que el juez decidió con una visión distorsionada del material probatorio, cabe la posibilidad de tutelar el derecho vulnerado con la arbitrariedad judicial porque se configura una vía de hecho por defecto fáctico.[33]

Para cambiar de raíz ese estado de cosas se impone asumir un *activismo doctrinario y una especulación científica* mucha más intensa 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*. 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 proce-

33 En la sentencia T-906/08 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional hace una reconceptualización de la vía de hecho y establece causales generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias para garantizar los derechos fundamentales objeto de una vulneración judicial. Además del defecto fáctico, cabe destacar el error inducido como causal de procedibilidad cuando el juez ha sido víctima de un engaño. Aquí indirectamente se ratifica que en el proceso no se renuncia a obtener la verdad.

so; 2) descalabraron el sistema y la justicia y 3) diluyeron las prescripciones constitucionales 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.

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, Autocomposición y Autodefensa. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

Arango, Rodolfo. 2005. *Concepto de los Derechos Fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Editorial Legis.

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. 2010. Editorial Legis.

Constitución Política de Colombia. 2009. Editorial Legis.

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.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba.

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.

Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Editores Ltda. 2010.

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.

Corte Constitucional de Colombia. www.corteconstitucional.gov.co

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas (0NU)

Las medidas de protección a favor de personas menores de edad Abusos e incorrecciones

Mauricio Chacón Jiménez

Sumario: I. Introducción II. Trascendencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos III. Evolución de la condición jurídica de las personas menores de edad IV. Otros escenarios en los que también se debe proteger a las personas menores de edad V. Visión de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Código de la Niñez y la Adolescencia, del Comité de los Derechos del Niño y de la Corte Interamericana de Derechos del Niño VI. El problema de la dispersión de vías, órganos competentes y formas de abordaje VII. El problema de la negativa a intervenir o del abordaje inadecuado en la sede administrativa VIII. El problema del abordaje inadecuado en los Juzgados contra la Violencia Doméstica IX. Sobre la acusada omisión de la ley contra la violencia doméstica en exigirle al juez que fundamente, debidamente, la resolución que rechaza la prueba ofrecida por el demandado. X. Conclusión

I. Introducción

En la Conferencia inaugural del XVI Congreso Internacional de Familia que se celebró en San Juan, Puerto Rico, en el ya lejano dos mil seis, la Doctora María Encarnación Roca Trías -quien en aquel momento integraba la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español y actualmente se desempeña como Magistrada del Tribunal Constitucional de España-, comentó que

> *"... hablar de* Familia *en su aspecto jurídico no resulta fácil: en primer lugar porque se suele confrontar la ideología de quien habla y la de quien escucha y todos sabemos que cuando se trata de enfrentar puntos de vista ideológicos es muy difícil llegar a un acuerdo. En segundo lugar, porque los cambios son tan rápidos que un libro muy específico sobre el análisis de cualquier regulación referida al ámbito familiar corre el riesgo de quedar obsoleto muy rápidamente."*[1]

Costa Rica es un país territorialmente y demográficamente pequeño, pues su área es de apenas cincuenta y un mil cien kilómetros cuadrados y allí residen entre cuatro y cinco millones de personas. Es *el país más feliz del mundo*, donde todo es *pura vida* y los conflictos se resuelven *a la tica*. Uno de los deportes favoritos es desprestigiar a quienes trabajan en el sector público, a veces con razón y a veces sin ella, pero difícilmente mediante críticas constructivas. Sin embargo, es un país que se enorgullece por ser un Estado Social y Democrático de Derecho y por ello, tal como dice nuestro Himno Nacional -sesgo de género aparte-, *cuando alguno pretenda manchar su Gloria, el pueblo valiente y viril estará dispuesto a trocar la tosca herramienta en armas*. A veces, este orgullo individual y nacional rebasa sus límites legítimos y por ello no nos gusta cuando nos señalan nuestros errores, a pesar de que ese señalamiento sea hecho de buena fe y con buenas intenciones.

En los entes administrativos y en las oficinas judiciales es frecuente que justifiquemos la forma en que hacemos las cosas y las decisiones que adoptamos *porque siempre se ha hecho así*, a pesar de que -tal como señala la Doctora Roca Trías- existan cambios jurídicos inmensos, tanto en el plano sustantivo como en el plano procesal. Lamentablemente hacer estos se-

1 ROCA TRÍAS, María Encarnación. (2006) *Derecho ante la Diversidad de Formas Familiares en el Siglo XXI*. Conferencia inaugural del XVI Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en San Juan, Puerto Rico, del 23 al 27 de octubre de 2006, transcrita en la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol XLI, Setiembre-Diciembre 2006. p.7

ñalamientos es un tabú y por eso preferimos mantener el status quo e ignorar la evolución jurídica, en lugar de hablar de frente, exponer razones fundamentadas y proponer soluciones concretas.

El tema que planteo es inmenso y resultaría irrealmente ambicioso abordarlo en un espacio tan reducido. Por ello, en este trabajo quiero atraer la atención de quien me haga el honor de leerlo a un asunto muy concreto: El abuso y las incorrecciones que se presentan en el trámite y en la aplicación de medidas de protección que se solicitan a favor de las personas menores de edad, particularmente cuando estas implican el retiro del niño, de la niña o de la persona adolescente de su entorno habitual, o la suspensión del contacto con sus referentes familiares y afectivos. Después de más de veinticinco años de ejercer la función jurisdiccional y de hacerlo por más de veintidós en esta área, he presenciado gran cantidad de asuntos y aunque es claro que muchas veces se ha actuado de buena manera, me resulta muy preocupante que también sean muchos casos en los que esto no es así.

¡Hablemos del tema, intercambiemos opiniones, rompamos el tabú!

II. Trascendencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos

En la primera mitad del siglo XX, con ocasión de las dos guerras mundiales y la catastrófica situación en la que quedaron sumidas millones de personas, los Estados comenzaron a diseñar mecanismos para tratar de evitar la repetición de este flagelo. El primer intento visible fue la creación de la Sociedad de las Naciones, en 1919, que fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles con la intención de promover la paz y la reorganización de las relaciones internacionales una vez finalizada la Primera Guerra Mundial. Claramente el propósito no se alcanzó en esa oportunidad, pues veinte años después estallaría la Segunda Guerra Mundial. Cuando esta finalizó se creó la Organización de las Naciones Unidas, la cual llegaría a constituirse como la mayor organización internacional existente, y su propósito fue facilitar y cooperar

con asuntos de Derecho Internacional, la paz y la seguridad en el mundo, el desarrollo social, económico y cultural, y lo que aquí nos interesa: *Los Derechos Humanos*. A nivel regional y en ciertas áreas del Derecho se han creado diversas organizaciones cuyas funciones también son, entre otras, garantizar la protección y el reconocimiento de los Derechos Humanos. A manera de ejemplo se puede mencionar el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Al reconocerse que toda persona tiene derecho al respeto de su dignidad por su sola condición de ser humano, se entendió la necesidad de suscribir instrumentos jurídicos que positivizaran los Derechos Humanos, convirtiéndolos así en Derechos Fundamentales. Los primeros instrumentos relacionados con Derechos Humanos los podemos ubicar en Inglaterra, con el *Habeas Corpus Act* (1679) y el *Bill of Rights* (1689), en Estados Unidos de América, con la *Constitución de Virginia* (1776), y en Francia, con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), pero estos instrumentos tenían un tinte eminentemente local y, además, en esta época los Derechos Humanos no eran concebidos en la forma con la que se llegarían a desarrollar y a consolidar después de la II Guerra Mundial.

En este nuevo momento histórico y en un primer estadio, las organizaciones protectoras de Derechos Humanos suelen emitir *Declaraciones,* las cuales no pasan por la fase de ratificación o adhesión de los distintos Estados, por lo que su fuerza vinculante se puede considerar relativa; entonces, para lograr mayor grado de coercitividad, los Estados también suscriben *Convenios, Pactos o Convenciones*. Resulta muy usual que una *Convención* esté antecedida de una *Declaración*, claro está, sin que esto sea un requisito formal para su emisión. Para poder lograr el mayor número de ratificaciones o de adhesiones, las *Convenciones* suelen contener normas programáticas y generales, y también es factible que muchas de ellas permitan su aprobación con *reservas*. Una vez que entran en vigencia, sus disposiciones son aplicables, pero lo usual y lo recomendable es que cada Estado emita normativa interna para desarrollarlas.

Resulta de gran trascendencia tener presente, desde ahora, que los instrumentos internacionales de Derechos Huma-

nos vinculan a distintos Estados, pero no solo para imponer reglas *entre* ellos, sino también *dentro* de ellos. Ante tal diversidad, es necesario que existan entes encargados de interpretarlos. Así, por un lado, en cada Estado, los particulares, la sociedad civil y sus autoridades administrativas y judiciales deben acatar lo que estos instrumentos disponen, pudiéndose acudir -en caso de violación a los derechos fundamentales de la ciudadanía- a los Tribunales Constitucionales del respectivo Estado, así como también a los Tribunales o Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Por otro lado, también es común que las distintas Convenciones dispongan la creación de *Comités*, siendo ellos los encargados de emitir observaciones o recomendaciones generales sobre la forma en que las normas se deben interpretar y aplicar.

La gran diferencia entre las normas sociales y las normas jurídicas es el poder coercitivo de las segundas, y entonces, entendiendo la gran trascendencia de lograr entendimientos internacionales, los Estados comprendieron la necesidad de ceder un poco su soberanía para suscribir instrumentos que los vincularan entre sí. Es claro que, en el ejercicio de la soberanía, cada Estado incluye dentro de su respectiva Constitución los Derechos que estima más relevantes, pero al adherirse a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no solo acepta su contenido (con las salvedades que haga, en caso de formular *reservas*) sino que también se somete a la jurisdicción de los Tribunales Internacionales voluntariamente.

La evolución de los instrumentos de Derechos Humanos es fácil de advertir. Los primeros que se emitieron con esta visión *internacional* de protección de derechos humanos contemplaron los derechos fundamentales de todas las personas, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la educación, etcétera. Con esta visión se promulgaron instrumentos como la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, más adelante, Pactos de Derechos Civiles, Políticos, Económicos Sociales y

Culturales (1966), Convenciones de Derechos Humanos en distintas zonas del planeta[2] y varios Protocolos Facultativos.

Siguiendo con esta evolución, al existir conciencia de que no todas personas se encuentran en las mismas condiciones, comenzaron a emitirse instrumentos específicos dirigidos a la protección de los Derechos Fundamentales de ciertas poblaciones vulnerables, como la Declaración (1963) y la Convención (1965) sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), El Convenio no. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (1992), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad (2001), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual fue adoptada el día quince de junio de dos mil quince y entrará en vigencia treinta días después de que se deposite el segundo instrumento de ratifi-

2 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró a regir en 1953; La Convención Americana sobre Derechos Humanos -conocida también como *Pacto de San José*- fue suscrita en 1969 tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos y entró a regir en 1978; y La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, auspiciada por la Organización para la Unidad Africana, entró en vigor en 1986.

cación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.[3]

III. Evolución de la condición jurídica de las personas menores de edad

A través de la Historia, la condición jurídica de las personas menores de edad fue abordada de manera bastante simple: Los niños y las niñas estaban sometidos a la autoridad del padre -y, eventualmente, de la madre- y el Estado no invadía esa esfera a menos de que no existieran progenitores -ya sea porque fallecieron o porque se desentendieron de sus obligaciones parentales- o de que estos chicos alteraran la estabilidad social con actos delictivos. Como bien lo explica González Contró

> *"Esto se entiende mejor si consideramos que cuando se generaliza la idea del hombre como titular de derechos subjetivos, es decir, como resultado de la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano la titularidad se entendía exactamente así, limitada al ciudadano-varón y propietario, quedando el niño y la mujer incluidos en la esfera de protección legal del padre de familia. Esto se tradujo en que, lejos de considerarse al niño como titular de derechos, se entendía como una prerrogativa del progenitor el tener una esfera de inmunidad en la cual el Estado no estaba legitimado para inmiscuirse, lo cual incluía la facultad para educar y corregir al hijo en la forma que decidiera."*[4]

3 El día 30 de marzo de 2016, la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó por unanimidad el expediente 19.670 "Aprobación de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores." Al día que se redacta este artículo, esta Ley aún no ha sido sancionada por el Poder Ejecutivo, por lo que evidentemente aún no se ha depositado el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA.

4 GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. (2005) *Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia*. Recuperado el 18 de agosto de 2016 de http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-153s.pdf

Predominaba entonces la visión de que el Estado sólo debía intervenir cuando estas personas se encontraban en una *situación irregular*, siendo entonces comprensible, al tenor de esta doctrina, que de un lado se encontraran *"los niños"* -que eran aquellos que estaban sometidos a la autoridad de sus padres- y del otro *"los menores"* -siendo estos *"los abandonados"* o *"los jóvenes delincuentes"*-. Además, esta doctrina estimaba razonable que el abordaje se hiciera desde la perspectiva de que *los menores* eran *un objeto de protección*, y, en tal condición, lo procedente era institucionalizarles en orfanatos, hospicios, albergues o centros de reclusión, con un propósito *tutelar.*

Esta condición comenzó a cambiar desde el mismo momento en que se entendió la relevancia de los Derechos Humanos, y llegaría a consolidarse pocas décadas después. Aunque existen algunas referencias normativas anteriores, estimo que el primer gran instrumento que aborda esta temática es la *Declaración de los Derechos del Niño* (1959), la cual fue aprobada por los setenta y ocho Estados miembros que componían en aquel momento la Organización de las Naciones Unidas. Los distintos Pactos y Convenciones que tratan, genéricamente, el tema de Derechos Humanos contienen normas que se refieren a esta población, pero treinta años después de que se emitió la *Declaración de los Derechos del Niño*, se llegaría al punto culminante con la promulgación de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989). Este es el instrumento internacional que más Estados han ratificado, pues todos los países del mundo -salvo Estados Unidos y Somalia- lo han incorporado a sus respectivos ordenamientos. Este instrumento jurídico no solo introdujo un listado de Derechos Fundamentales, sino que significa la consolidación del cambio paradigmático que se produjo con el paso de la *doctrina de la situación irregular* a la *doctrina de la protección integral*, la cual consiste -básicamente- en la transformación de la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes, pasando de ser *objetos de protección* a constituirse en *sujetos titulares* de sus propios derechos. Desde esta nueva perspectiva, el concepto de *"menor"* resulta peyorativo y ahora quien no haya alcanzado la edad de dieciocho años, se identifica como *persona menor de edad,* precisamente porque se reconoce su condición de *Persona*, y, como tal, su derecho a que todos respeten su integridad, y esto incluye a sus progenitores, a

los particulares, a la sociedad civil, y, en lo que aquí se tratará de desarrollar, a las autoridades administrativas y judiciales.

Junto a la Convención sobre los Derechos del Niño existen muchas otras Declaraciones, Convenciones y Protocolos Facultativos que se refieren a situaciones particulares en las que pueden encontrarse las personas menores de edad, como por ejemplo las *Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores* (1985), la *Declaración de Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar del Niño, con particular referencia a la Adopción y Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional* (1986), el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* (2000) o el *Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (1993), pero por el propósito que acá se persigue, no serán analizados.

Se debe destacar que, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño, existen pronunciamientos sumamente relevantes relacionados con ella, siendo estos vinculantes porque, al haberla ratificado, aceptamos que en ella se creó la Comisión de los Derechos del Niño, y una de las funciones de la Comisión es, precisamente, *formular sugerencias y recomendaciones generales* (Artículo 45.d) y también porque voluntariamente nos sometimos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión de los Derechos del Niño hasta el día de hoy ha emitido un total de diecinueve Observaciones Generales, debiendo destacarse la número 8, *sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes* (2006), la número 12, *sobre el derecho del niño a ser escuchado* (2009); la número 13, *sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* (2011), y la número 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (2013). Por su parte, el 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 17/2002, en la cual evacuó una consulta que le formuló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En esta Opinión Consultiva, la Corte desarrolló ampliamente los conceptos de "Niño", "Igualdad" e "Interés Superior del Niño", así como también

se pronunció sobre los deberes de la familia, de la sociedad y del Estado, y sobre las particularidades que deben observarse en los procedimientos judiciales y administrativos en los que intervenga una persona menor de edad.

Finalmente, a nivel local, Costa Rica emitió el Código de la Niñez y la Adolescencia (1998), el cual desarrolla las normas programáticas y generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, y contempla no solo derechos sustantivos sino también normas de carácter procesal, y éstas últimas incluyen no solo principios interpretativos, garantías procesales y deberes de quienes juzgan, sino que también cuenta con un diseño procesal específico para abordar los casos en que los derechos de las niñas, los niños y las personas adolescentes son amenazados o violados por la acción u omisión de la sociedad o el Estado; por falta, omisión o abuso de sus progenitores, tutores, encargados o responsables; y/o por acciones u omisiones contra sí mismos.

El Doctor Gilberth Armijo Sancho, Ex Magistrado y Ex Presidente de la Sala Constitucional ha destacado el gran valor del Código de la Niñez y la Adolescencia para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En su criterio,

> *"el Código de la Niñez y de la Adolescencia es un reflejo de las nuevas soluciones que brinda la Teoría General de la Protección Integral y puede considerarse en la actualidad uno de los más garantistas. [...] es un instrumento operativo de protección de las garantías constitucionales inherentes a este sector de la población [...] se ocupa, por primera vez, de hacer operativos los derechos fundamentales de toda persona menor de edad y no sólo la de aquellos en conflicto con la ley penal. Dentro de su ámbito de acción, se potencia el reconocimiento como derechos fundamentales de la niñez, entre otros: de la educación y la salud, la vida, la libertad de pensamiento, la libertad de tránsito, los derechos a la personalidad, como el respeto a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la intimidad, y el derecho de acceso a la justicia. Estas y otras garantías se encuentran reguladas en nuestra Constitución Política, para*

> *todo ser humano. Desde este punto de vista, su desarrollo en una ley no representa mayor innovación, excepto, porque el CNACR supera la enunciación de los derechos y brinda los instrumentos que convierten los principios en una realidad. Así lo establece el Título I, Capítulo* Único, cuando distingue y define diversas formas de regulación de los derechos constitucionales."[5]

Hoy día, las autoridades administrativas o judiciales que tomen decisiones relacionadas con personas menores de edad tienen el deber ineludible de conocer el contenido de todo este marco jurídico. Ignorarlo implica una seria afrenta a los derechos de esta población menor de edad y coloca a Costa Rica en una posición muy cuestionable frente a los organismos internacionales que velan por el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente adquiridas.

IV. Instrumentos y procedimientos específicos de protección en caso de violencia

Conviene conocer la forma en que ha evolucionado la legislación que regula la protección que el Estado costarricense debe brindar a las personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad y que resultan afectadas por una situación de violencia.

El primer momento se relaciona con la aprobación de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención Belem do Pará. Costa Rica la aprobó mediante la Ley 7499, publicada en La Gaceta No. 123 del 28 de junio de 1995, y entró a regir a partir de ese momento. En el marco de esa Convención, en el artículo 2 se manifestó la preocupación por la violencia que sufren las mujeres, tanto en el ámbito familiar (violencia doméstica) como fuera de la familia (violencia de género) y para

5 ARMIJO, Gilberth. (1999) *La tutela constitucional del interés difuso*. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, pp. 169 y 126 a 129.

combatir ese flagelo, los Estados asumieron una serie de deberes, entre los cuales se destacan los siguientes:

— Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

— Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

— 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*.

Costa Rica ha ido cumpliendo esos deberes paulatinamente. Así, mediante Ley 7586, publicada el día 2 de mayo de 1996, se promulgó la Ley contra la Violencia Doméstica; y mediante Ley 8589, publicada el día 30 de mayo de 2007, se promulgó la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres. Aunque se cuenta con la Ley contra el Hostigamiento Sexual en la Docencia y el Empleo, quizás falta por legislar con mayor profundidad el tema de la violencia de género.

En el tema de las medidas de protección, el Estado costarricense había asumido el deber de aprobar un procedimiento ágil para combatir la violencia que se produce contra las mujeres, pero en el plano de la violencia que sufren las mujeres en el ámbito intrafamiliar Costa Rica trascendió esa obligación al disponer que por medio de la Ley contra la Violencia Doméstica se debe brindar ¨protección especial a madres, a personas menores de edad, a personas adultas mayores y a personas que presenten alguna condición de discapacidad, considerando las situaciones específicas de cada una. Asimismo, esta Ley protegerá, en particular, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja o de abuso sexual intrafamiliar.¨ (Artículo 1)[6]

6 Este artículo fue reformado mediante Ley 8925, de 20 de diciembre de 2010. En su redacción original, la norma mencionaba que a los jueces les correspondía "brindar protec-

Por otro lado, como ya se ha comentado, Costa Rica también aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual hizo mediante Ley 7184, publicada en La Gaceta 149 del 9 de agosto de 1990 y que rige desde entonces. Luego se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia, mediante Ley 7739, publicada en La Gaceta No. 26 del 6 de febrero de 1998 y vigente desde esa fecha. Este Código tiene la particularidad de establecer, en su artículo 8, una jerarquía normativa que lo coloca por encima de la demás legislación ordinaria, por lo que sus disposiciones resultan transversales al resto de la legislación que regule temas vinculados a la niñez y la adolescencia.

En el tema que aquí se desarrolla, el Código contempla, por un lado, un elenco de medidas de protección a favor de las personas menores de edad y, por el otro, el procedimiento que se debe seguir para su imposición, dedicando a ello todo el Capítulo II del Título III, artículos 128 a 153. Dentro de las regulaciones más interesantes y novedosas se encuentra el hecho de que los órganos competentes para conocer estos procesos, en primera instancia, son las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia, institución autónoma que de acuerdo al artículo 55 de nuestra Constitución, es la encargada de proteger a las madres y a las personas menores de edad, con la colaboración de otras instituciones del Estado.

Las medidas de protección que decreten las Oficinas Locales del PANI son apelables ante la Presidencia Ejecutiva (art. 139) y además se puede acudir ante la sede judicial (arts. 141 a 153), en donde *"se tramitarán las situaciones suscitadas a partir del dictado de las medidas de protección por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia"* (art. 152). El agotamiento de la vía administrativa se logra con el pronunciamiento que emita la Presidencia Ejecutiva. Sin embargo, a pesar de que el artículo 142 dispone que ¨para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente

---

ción especial a madres, niños, personas de sesenta años o más y personas discapacitadas, tomando en cuenta las situaciones específicas de cada uno. Asimismo, esta Ley protegerá en particular, a las víctimas de violencia en relaciones de pareja y donde exista abuso sexual incestuoso."

esta vía administrativa", en sentencia 3669-2006 la Sala Constitucional entendió que, salvo en los casos de materia municipal y de contratación administrativa, el agotamiento de la vía administrativa es un derecho del ciudadano y no una obligación; por lo que la decisión administrativa que emita la Oficina Local del PANI se puede recurrir directamente ante el Juzgado que tiene competencia en materia de Niñez y Adolescencia -v.gr. el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia en San José y los diferentes Juzgados de Familia que existen en las demás provincias-, sin necesidad de agotar la vía administrativa.[7] La Sala Constitucional no se pronunció en esa sentencia específicamente respecto al artículo 142 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Sin embargo, el Magistrado redactor y actual Presidente de la Sala Constitucional, Doctor Ernesto Jinesta Lobo, publicó un artículo en el cual consignó lo siguiente:

> *"c) Familia. En esta materia existen supuestos en los que el agotamiento de la vía administrativa ha jugado un rol importante. Así, a modo de ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 129 establece los procedimientos especiales a cargo de las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia. Por su parte, los numerales 135, 136 y 137 establecen medidas de protección. El artículo 139 ibídem indica que la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia conocerá del recurso de apelación contra lo resuelto por las oficinas locales y dará por agotada la vía administrativa. Por último, el artículo 142 establece que "(…)* Para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente esta vía administrativa".
>
> *[…]*
> *En todos estos supuestos, los jueces laborales, agrarios y de familia deben aplicar los artículos 13 de la Ley*

7 Hay que destacar que, a pesar de ser un proceso donde se emiten medidas de protección, la apelación de las decisiones de las Oficinas Locales NO son apelables ante los Juzgados contra la Violencia Doméstica.

de la Jurisdicción Constitucional -jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes-, *8, párrafo 1 , de la Ley Orgánica del Poder Judicial* -funcionarios que administran justicia no podrán aplicar leyes contrarias a la Constitución Política y tampoco pueden interpretarlas o aplicarlas de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional- *y, por supuesto, lo establecido en el Voto de la Sala Constitucional No. 1185-95 de las 14:33 hrs. del 2 de marzo de 1995, al señalar que* "(…) no es inconstitucional el párrafo final del inciso 1) del artículo 8 de la LOPJ, que obliga a los jueces a interpretar o aplicar las normas o actos a un caso concreto, de conformidad con los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional."

*Consecuentemente, los jueces laborales, agrarios y de familia, en estricta observancia de los Votos de la Sala Constitucional Nos. 3669-06 y 1185-95 y las normas jur*ídicas citadas, deben desaplicar las normas del ordenamiento jurídico -no incluidas en la LRJCA- que imponen un agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Es evidente, que por el precedente vinculante que sienta el Voto No. 3669-06 no puede existir, en ningún juez, duda fundada de constitucionalidad. En ese respecto, debe superarse la mentalidad legalista y el temor infundado de algunos jueces en aras de su obligación y deber de aplicar directamente el Derecho de la Constitución, el cual está integrado no solo por los preceptos, valores y principios constitucionales, sino también por la jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional."[8]

8 JINESTA LOBO, Ernesto. (sin fecha) *Consecuencias de la inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa. (Comentarios al Voto de la Sala Constitucional No. 3669-2006)*. Recuperado el 19 de agosto de 2016 de http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS_CONSECUENCIAS%20

Lo relevante es que el derecho del ciudadano no es acudir directamente a la sede judicial, sino el de escoger si agota o no agota la vía administrativa. Por ello, los procesos de protección deben ser conocidos en las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia, y las decisiones que allí se adopten pueden ser recurridas ante la Presidencia Ejecutiva, o bien, directamente ante los Juzgados competentes en materia de Niñez y Adolescencia, o incluso es posible establecer recursos simultáneos en ambos órganos de alzada.[9] Luego, la decisión que emita el Juzgado es recurrible ante el Tribunal de Familia. Es decir, es un proceso donde puede llegar a haber hasta cuatro instancias: Oficina Local, Presidencia Ejecutiva, Juzgado con competencia en materia de Niñez y Adolescencia y Tribunal de Familia.

Finalmente, aunque todavía no ha entrado a regir la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Costa Rica ya cuenta con la Ley 7599, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, la cual se publicó el día 15 de noviembre de 1999 y rige desde ese momento. Esta Ley define el concepto de violencia contra las personas adultas mayores (Artículo 2), reconoce el derecho de las personas mayores de sesenta y cinco años a la protección jurídica y psicosocial, cuando se vean afectadas por violencia física, sexual, psicológica y patrimonial (Artículo 3.j). Sin embargo, esta Ley no cuenta con disposiciones autónomas sobre medidas de protección ni de procedimiento, sino que en estos dos aspectos, remite a la Ley contra la Violencia Doméstica. En este sentido el artículo 57 dispone que *"Para prevenir la violencia física, psicol*ógica*, patrimonial o sexual contra las personas*

DE%20LA%20INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%C3%8DA%20ADMINISTRATIVA.PDF

9 Sobre esta particularidad, el Doctor Jinesta Lobo en el mismo artículo señala que "al reputarse el agotamiento de la vía administrativa como facultativa, un administrado puede, perfectamente, interponer los recursos administrativos y acudir a la sede jurisdiccional, esto es, mantener abiertas concomitantemente ambas sedes."

adultas mayores, se aplicarán las medidas de protección y los procedimientos ordenados en la Ley contra la violencia doméstica, Nº 7586, de 10 de abril de 1996. Estarán legitimados para solicitarlos, en especial los representantes de las instituciones públicas y privadas encargadas de los programas de atención a la persona adulta mayor, así como cualquier persona que conozca de estos abusos."

Como se aprecia, este artículo sólo remite *"a las medidas de protección y a los procedimientos ordenados en la Ley contra la Violencia Doméstica"*, por lo que en estos casos no existe la limitación de parentesco, ni del plazo de vigencia, ni otras limitaciones sustantivas para que la persona que juzga decrete las medidas de protección que estime pertinentes. Se debe destacar que, a diferencia de la Ley Integral para las Personas Adultas Mayores -la cual remite a la Ley contra la Violencia Doméstica en cuanto al procedimiento-, el Código de la Niñez y la Adolescencia SÍ tiene establecido el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de las medidas de protección a favor de las personas menores de edad.

V. Otros escenarios en los que también se debe proteger a las personas menores de edad

Cuando una persona menor de edad sufre cualquier forma de violencia por parte de sus progenitores, el Estado tiene la obligación de intervenir. Al día de hoy existe una amplísima gama de posibilidades a las cuales se puede acudir, pero el problema que existe en la práctica es que en cada una de ellas se ha venido actuando de manera aislada, entendiéndose que como en cada solución diseñada por el legislador se han definido autoridades con competencia para conocer del caso, todas ellas deben actuar en su propia esfera.

Un ejemplo ilustra lo anterior: Una persona menor de edad está bajo el cuidado personal de uno de sus progenitores y es castigada físicamente con un cinturón. El hecho es uno solo, pero las vías previstas para que el Estado actúe son múltiples:

— Se puede solicitar la intervención del Patronato Nacional de la Infancia para que adopte las medidas de protección contempladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

— Se puede solicitar la intervención de los Juzgados contra la Violencia Doméstica para que adopte las medidas de protección contempladas en la Ley del mismo nombre.

— Se puede gestionar el depósito de la persona menor de edad, mediante las diligencias no contenciosas contempladas en el Código Procesal Civil.

— Se puede gestionar el cambio de custodia de la persona menor de edad ante el Juzgado de Familia.

— Se puede gestionar la suspensión -y eventualmente la privación- de la autoridad parental ante el Juzgado de Familia.

— Se puede gestionar la declaratoria judicial de abandono con fines de adopción, ante el Juzgado de Familia o el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia.

— Se puede gestionar ante las autoridades penales, por los delitos de Incumplimiento o Abuso de la Autoridad Parental y/o Agresión con Arma.

Además, tanto en sede judicial como administrativa, son múltiples autoridades las que podrían conocer del caso, tanto en primera como en segunda instancia y solo excepcionalmente hay acceso a la Casación:

— Las medidas de protección contempladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia son conocidas por la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia. La decisión que allí se adopte puede ser apelada ante la Presidencia Ejecutiva de la institución, o bien se puede discutir ante el Juzgado que tenga competencia en materia de Niñez y Adolescencia. La decisión de estos Juzgados son apelables ante el Tribunal de Familia, órgano jurisdiccional de apelaciones que no solo cuenta con competencia en todo el territorio nacional, sino que en la mayoría de los casos relacionados con la niñez y la adolescencia, se constituye en la última instancia de la jurisdicción ordinaria.

Al haber decisiones administrativas, no se puede descartar que el ciudadano también pueda acudir ante la Sala Constitucional o, incluso, ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

— Las medidas de protección contempladas en la Ley contra la Violencia Doméstica son conocidas por los Juzgados del mismo nombre, y donde estos no existen, por los Juzgados de Familia o por Juzgados Contravencionales. En segunda instancia, conoce el Tribunal de Familia.

— Los procesos de depósito judicial, modificación de custodia, suspensión o privación de la autoridad parental y de declaratoria judicial de abandono son conocidos por los Juzgados de Niñez y Adolescencia o de Familia. (Acá se debe tener en cuenta el problema que existe en Costa Rica al no existir una ley que defina cuál es la competencia MATERIAL del Juzgado de Niñez y Adolescencia de la Provincia de San José, sino que la Ley de su creación solo contempla la competencia territorial) En cualquiera de esos procesos se pueden gestionar medidas cautelares, durante su curso y aún antes de su inicio. En segunda instancia, conoce el Tribunal de Familia. De todos estos casos, sólo existe acceso a Casación cuando, en sentencia, se priva a los progenitores del ejercicio de la autoridad parental.10

— Los procesos penales son conocidos en esa otra sede.

Para terminar de exponer el panorama, el abordaje que se da en cada sede suele ser diverso y esto tiene extrema relevancia. Así, por ejemplo, el abordaje que propone el Código de la Niñez y la Adolescencia busca que la persona menor de edad pueda ejercer todos sus derechos, por lo que, entre otras cosas, se procura brindar orientación, apoyo y seguimiento a la familia, y solo de manera excepcional se contempla la separación del niño, la niña o el adolescente del entorno en donde se desenvuelve; el abordaje que propone la Ley contra la Violencia Doméstica es más bien de choque, de confrontación, donde muchas veces lo que se busca, desde la primera resolución, es el retiro de la persona agresora del lugar donde re-

10 En los procesos de declaratoria judicial de abandono también se priva a los progenitores del ejercicio de la autoridad parental, pero en estos casos está dispuesto expresamente que no procede el Recurso de Casación. (Art. 134 del Código de Familia).

side y/o la desvinculación con la persona menor de edad con medidas como la suspensión inmediata del contacto o la modificación inmediata de la custodia; en el abordaje de los procesos de suspensión o privación de la autoridad parental, depósito, modificación de custodia o declaratoria de abandono, la decisión se toma en una sentencia, obviamente al final del proceso, pero es claro que existe la posibilidad de que de forma interlocutoria se dispongan medidas cautelares; y en los procesos penales, se pretende la sanción del agresor y no tanto la protección de la víctima.

Con este resumen, resulta evidente que existen múltiples vías, entidades competentes y formas de abordaje.

VI. Visión de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Código de la Niñez y la Adolescencia, del Comité de los Derechos del Niño y de la Corte Interamericana de Derechos del Niño

En el plano normativo, la Convención sobre los Derechos del Niño primero dispone que el niño tiene derecho *"en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."* (Artículo 7.1) y también reconoce que el niño que esté separado de uno o de ambos progenitores, tiene derecho *"a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."* (Artículo 9.3) Prudentemente también señala que *"Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño."* (Artículo 9.1)

Con este marco claro, en el artículo 19 dispone lo siguiente:

> *"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*
>
> *2. Esas medidas de protección* deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales *con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así* como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

El Código de la Niñez y la Adolescencia sigue esta misma pauta al establecer, primero, que *"las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca."* (Artículo 30) Luego contempla la situación que puede presentarse *"cuando ninguno de los padres pueda encargarse del cuidado personal de sus hijos menores de edad"*, disponiendo que en estos casos *"el Patronato Nacional de la Infancia debe comunicar esta situación al Juez e inmediatamente, ordenará el depósito de los menores"*, y cuando así lo haga, *"el padre y la madre deberán ser informados de modo claro y preciso sobre los alcances de su decisión, de acuerdo con el nivel de cultura y el contexto social al que pertenecen."* (Artículo 32) La protección, en caso de riesgo, se contempla progresivamente, al establecer que *"las personas menores de edad no podrán ser separadas de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley"* (Artículo 33) para disponer a continuación que *"la medida de protección tendiente a remover temporalmente del seno familiar a la persona menor de edad* **sólo se aplicará** cuando la conducta que la originó sea atribuible a alguien

que conviva con ella y no exista otra alternativa.» (Artículo 34) Esta misma norma establece que *"cuando la conducta motivadora de la medida se origine en un delito de lesiones o uno contra la libertad sexual atribuible a alguien que conviva con la persona menor de edad perjudicada, la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia u otra institución o persona pública o privada que conozca de estos hechos, deberá solicitar a la autoridad judicial la orden para que* **el imputado** *abandone el domicilio, según el Código de Procedimientos Penales y las medidas de protección contempladas en el artículo 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, No. 7586, de 10 de abril de 1996. / Si no existiere otra alternativa que remover de la casa al niño para su ubicación temporal, deberá tenerse en cuenta, en primer término, a la familia extensa o las personas con quienes mantenga lazos afectivos. Agotados estos recursos, se procederá a ubicarlo en programas que para este efecto debe promover el Patronato Nacional de la Infancia. / Siempre deberá informarse al niño, en forma adecuada a su etapa de desarrollo, sobre los motivos que justifican la aplicación de la medida cautelar y escuchará su opinión."*

El Comité sobre los Derechos del Niño ha abordado expresamente el tema de la violencia que se ejerce contra las personas menores de edad en las Observaciones Generales No. 8 y No. 13. También se ha referido al derecho de esta población a que su opinión sea tomada en cuenta en la Observación General 12 y al derecho de que su mejor interés sea una consideración primordial en la toma de las decisiones en la Observación General 14. En este último aspecto, el *interés superior del niño* dejó de ser un concepto jurídico indeterminado pues el Comité precisó su contenido al señalar que su composición es tripartita: Un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también analizó esta temática de la niñez y la adolescencia en la Opinión Consultiva 17/2002 y además ha establecido pautas importantísimas relativas a la protección de los derechos de los niños, las niñas y las personas adolescentes en sentencias emblemáticas, tales como la que pronunció el 24 de febrero de 2012 en el caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, y la que pronunció el 27 de abril de 2012 en el caso Fornerón e Hija vs. Argentina.

Todo cuanto se indica en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y en la Opinión Consultiva y en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de extrema relevancia, pero por evidentes limitaciones de espacio, no se transcribe ni siquiera parcialmente su contenido. Sin embargo, sí se puede indicar que la Convención, el Código, la Comisión y la Corte son completamente coincidentes y coherentes en reconocer:

a) El derecho que tienen las personas menores de edad a crecer y a desarrollarse con sus dos progenitores y sus respectivas familias extensas;

b) El derecho que tienen las personas menores de edad a mantener contacto con el progenitor no residente y su respectiva familia, cuando el padre y la madre están separados;

c) La inmensa trascendencia que tiene, en la toma de las decisiones judiciales o administrativas:

   1. El interés superior del niño,
   2. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones,
   3. El cuidado, protección y seguridad del niño,
   4. El derecho de la persona menor de edad a expresar su opinión y que esta sea tomada en consideración, y
   5. La percepción del tiempo.

Corolario de lo anterior, existe plena coincidencia en el sentido de que la separación de la persona menor de edad de su entorno familiar, o la suspensión del contacto con sus referentes afectivos y familiares, son medidas de carácter excepcional y preferentemente temporales.

VII. El problema de la dispersión de vías, órganos competentes y formas de abordaje

El reconocimiento y la protección de los derechos de las personas menores de edad es un tema de evidente interés público. El Estado está en la obligación de garantizarlos y por ello el legislador ha establecido disposiciones tendientes a su cumplimiento en diversos instrumentos. Sin embargo, es-

toy convencido que la dispersión de vías y de procedimientos más bien resulta lesiva del mejor interés de los niños, niñas y adolescentes.

Con el autor y colega Diego Benavides Santos, coincido en que tres de los principios fundamentales del proceso familiar son el principio del abordaje integral, el principio de solución efectiva y el principio de responsabilidad procesal. Este autor afirma que *"el abordaje disgregado del conflicto se perfila como uno de los grandes talones de Aquiles del actual sistema judicial de familia. Es posible plantear un sinnúmero de juicios para hacerle la vida imposible al otro, y para guerrear. Se propone un proceso único, y un Juez con competencia ampliada para todo el conflicto"*; luego pregunta: «¿Para *qué un litigio si el problema no se resuelve efectivamente?"*; y más adelante afirma con toda contundencia que *"en el escenario del conflicto familiar deben desalentarse actitudes egoístas irresponsables",*[11] a lo cual yo agrego «*tanto de las partes cuanto de los autoridades administrativas y judiciales*.» El autor y director de cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires Jorge L. Kielmanovich también explica que el proceso familiar debe estar inspirado en los principios de simplificación de los procedimientos y de la perpetuatio jurisdictionis, y con relación a este último explica: *"el cual parte de la premisa de reconocer la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno a un mismo elemento o relación jurídica, que de otro modo podrían ser de competencia de otros tribunales."*[12] Finalmente, la autora y actual Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia Eva Camacho Vargas también reconoce la trascendencia del principio del abordaje integral, complementando el concepto con la indicación de que no se debe *"desaparecer las competencias es-*

11 BENAVIDES SANTOS, Diego. (2006) *Hacia un derecho procesal de familia.* Editorial Juritexto. San José. p. 78

12 KIELMANOVICH, Jorge L. (2008) *Los principios de familia.* En obra conjunta "Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general." Editorial Jurídica Continental. San José. p. 25.

pecializadas en materia de pensiones alimentarias, niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar".[13]

Uniendo los conceptos antes indicados, debo decir que cuando se denuncia que una persona menor de edad sufre alguna forma de violencia por parte de sus familiares, el abordaje que debe dar el Estado tiene que ser de acuerdo a lo que el Comité de los Derechos del Niño ya estableció en la Observación General 13: de manera coherente y articulada entre las distintas instituciones a las que el legislador le confirió la responsabilidad de actuar en defensa de esos derechos; siendo esta la razón por la que estimo jurídicamente inaceptable que se pueda acudir a dos o varias vías simultáneamente y que en cada una de ellas se adopten y ejecuten decisiones aisladas -que, además, muchas veces resultan contradictorias-; así como también estimo que no es pertinente que se acuda a una vía para tratar un tema que debe ser conocida por otra. De esta forma, aunque en las distintas leyes se contemple varias vías, estimo que es imperativo que en cada caso se realice un análisis para determinar cuál es la mejor de ellas; o bien, para diseñar una estrategia en la que, a pesar de la intervención de distintas instituciones, el abordaje se haga en la forma que recién señalé: de manera articulada y coherente.

La experiencia ha permitido comprobar que en muchas ocasiones, la solicitud de protección a favor de personas menores de edad se funda en una situación real de violencia. Sin embargo, esa misma experiencia permite afirmar que también en muchas ocasiones esta dispersión de vías, órganos competentes y formas de abordaje de los conflictos es aprovechada para satisfacer propósitos malintencionados. El acceso a la justicia, que es un derecho fundamental, no es un derecho absoluto; y por ello, cuando se solicita protección con esa mala intención, el acceso se convierte en un abuso del derecho y su ejercicio se torna en antisocial, y esto, claramente, implica una transgresión a lo estipulado por el artículo 22 del Código Civil. Así, consciente de que los ejemplos que pondré a con-

13 CAMACHO VARGAS, Eva. (2008) *Los principios procesales desde un enfoque familiar". Misma obra conjunta. p. 33*

tinuación responden a roles tradicionales de género, lamentablemente no resulta extraño que el padre que está obligado a cancelar pensión alimentaria a favor de sus hijos acuda ante las autoridades administrativas o judiciales con la única intención de que la custodia que ejerce la madre le sea removida de forma inmediata; o que la madre que no quiere reconocer que sus hijos tienen derecho a compartir con su padre, acuda ante estas mismas autoridades para impedir la ejecución de resoluciones en las que ya se ha establecido un sistema de comunicación y contacto.

VIII. El problema de la negativa a intervenir o del abordaje inadecuado en la sede administrativa

El Código de la Niñez y la Adolescencia no parte de la falsa premisa de que todos los niños, todas las niñas y todas las personas adolescentes tienen sus derechos garantizados de por sí, ni de la falsa premisa de que todos los padres y todas las madres ejercen sus funciones parentales de manera adecuada y responsable. Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 29) reconocen el valor de las decisiones que toman los progenitores, también restringen ese reconocimiento a la condición de que sus decisiones y sus actuaciones sean respetuosas de los derechos de sus hijos e hijas.

En el plano que estoy desarrollando, el Código de la Niñez y la Adolescencia contempla expresamente la procedencia de las medidas de protección a favor de las personas menores de edad ante la *"falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables."* (art. 130.b) Quiero destacar entonces que este cuerpo normativo sí contempla de forma explícita la situación de violencia en que pueda estar inmersa una persona menor de edad por parte de sus progenitores, o de alguno de ellos; y para ello tiene desarrollado el mecanismo para imponer las correspondientes medidas de protección.

El Código de la Niñez y la Adolescencia es posterior, especial y superior a la Ley contra la Violencia Doméstica. En tal virtud, al prevalecer la legislación posterior sobre la anterior, la especial frente a la general y la superior frente a la inferior,

sostengo el criterio de que el Patronato Nacional de la Infancia es el primer llamado a conocer de los procesos de protección a favor de las personas menores de edad, a través de sus respectivas Oficinas Locales. Esta es una función que la Constitución y el Código de la Niñez y la Adolescencia le ha encomendado a esta institución autónoma, y ello no es violatorio del derecho que tiene todo ciudadano y toda ciudadana de acceder a la Justicia, porque a esta no se accede únicamente a través de los Tribunales.[14] Además, es muy importante destacar el hecho de que uno de los principios sobre los que se asienta el moderno derecho de familia y el moderno derecho de niñez y adolescencia, es el principio de desjudicialización; partiendo de la necesidad de que los conflictos se puedan resolver integralmente en beneficio de cada integrante del grupo familiar.

Sin embargo, lamentablemente con mayor frecuencia de lo aceptable se escucha a ciudadanos que manifiestan: *"Fui al Patronato y no me atendieron"* o *"Fui al Patronato y me dijeron que tenía que ir al Juzgado"*. Como ente público que es, esta actitud es absolutamente inaceptable. Si el Patronato Nacional de la Infancia estima que no puede o que no debe intervenir en un asunto, lo mínimo que debe hacer es consignar esas razones por escrito, entregar ese documento al ciudadano e informarle el derecho que tiene a recurrir esa decisión. Este es el primer problema: La negativa a intervenir y la nula motivación de su decisión.

El segundo problema se presenta cuando la Oficina Local sí actúa, pero no lo hace en la forma dispuesta por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Las normas procesales son de orden público y, en consecuencia, de obligado acatamiento tanto para las partes como para las autoridades. El proceso especial de protección diseñado en este cuerpo normativo inicia con la disposición de que *"los principios del proceso administrativo se aplicarán en defensa del interés superior de la persona menor de edad.*

14 En nuestro país no es extraño que entes administrativos ejerzan función jurisdiccional. A manera de ejemplo cito que el Registro Civil tiene competencia para declarar una paternidad, la cual le fue asignada por la Ley 8101, al modificar el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

La Administración Pública deberá garantizar el principio de defensa y el debido proceso, relativo a las decisiones administrativas que pretendan resolver algún conflicto surgido en virtud del ejercicio de los derechos contemplados en este Código." Esa remisión al proceso administrativo es explícita, por lo que simplemente es obligatorio acatar las disposiciones contenidas en los artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, pudiéndose destacar el incuestionable derecho que tienen las partes *a conocer el expediente y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses antes de la decisión final* (Artículo 217); asimismo, el derecho que tienen a una comparecencia oral y privada en la que tengan la oportunidad de ofrecer y de que se les reciba, en lo posible, toda la prueba (Artículo 218); siendo motivo de nulidad de lo actuado la omisión de las formalidades sustanciales del procedimiento, *entendiéndose como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes,o cuya omisión cause indefensión.* (Artículo 223)

Estas normas sirven para ratificar lo que, de por sí, ya está dispuesto por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Después de establecer que el proceso especial de protección se puede iniciar de oficio o por denuncia presentada por cualquier persona, autoridad u organismo de Derechos Humanos (Artículo 132), el Código dispone que una vez conocido el hecho o recibida la denuncia, *"la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia constatará la situación, escuchará a las partes involucradas, recibirá la prueba que ellas presenten y dictará, inmediatamente, las medidas de protección que corresponden."* (Artículo 133) Es obvio que en situaciones de emergencia se tiene que tomar una decisión de inmediato, sin embargo esta decisión interlocutoria es una *medida cautelar* y no una *medida de protección*. En estos procesos administrativos la medida de protección, como tal, se emite al finalizar del procedimiento administrativo, lo que implica que primero se tuvo que garantizar el principio de defensa y el debido proceso.

En gran cantidad de ocasiones he podido comprobar que las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia realizan una *pseudo investigación* y luego emiten medidas de protección en la que se ordena el cuido provisional en familia sustituta

o el abrigo temporal en entidades públicas o privadas de forma absolutamente arbitraria. Doy este calificativo de *pseudo investigación* porque no existe rigor científico, sino que se utilizan métodos poco claros o escasamente comprensibles. Por ejemplo, es muy frecuente que ante *denuncias anónimas*, un Psicólogo o una Psicóloga de la Oficina Local acuda a entrevistar vecinos. La formación profesional de esta persona es en el área de la Psicología, por lo que no cuenta con los atestados mínimos requeridos para hacer una investigación de esta otra naturaleza. Luego, consigna lo que considera relevante, sin que conste la identidad ni el contenido de la declaración rendida por el vecino. Evidentemente no hay posibilidad de someter esta declaración al contradictorio, de examinar el lenguaje no verbal del entrevistado, de valorar la veracidad de las afirmaciones y ni siquiera de conocer el interés que pueda tener esta persona a la hora de rendirla. No importa si entre el vecino y los progenitores existe una relación de amistad o de enemistad. Simplemente se acepta como cierto todo lo que esta persona relate. También es frecuente que profesionales en Trabajo Social entrevisten a los progenitores, sin informarles el propósito de la investigación, y luego emitan criterios sobre su conducta, como si fueran Psicólogos. Una vez terminada esa labor "investigativa" formulan un "dictamen" en el que recomiendan que la persona menor de edad sea retirada del lugar donde habita para ser institucionalizada de inmediato; y a continuación, el o la profesional en Derecho que ejerce la representación legal de la Oficina Local emite la resolución administrativa en la que acoge las recomendaciones y ordena lo pedido sin cuestionarse la idoneidad del funcionario o de la funcionaria que hizo la "investigación", sin recibir declaración a los testigos -pues se acepta sin cuestionamiento alguno lo que transmitió el funcionario que hizo la entrevista de campo-, sin escuchar a la persona menor de edad, sin escuchar a los progenitores, sin permitirles que conozcan el expediente ANTES de que se tome la decisión, sin permitirles que ofrezcan pruebas, sin valorar la opción de gestionar el retiro de la persona supuestamente agresora en lugar de retirar a la persona menor de edad de su entorno habitual, y sin siquiera explicar al padre y a la madre, de acuerdo con su nivel de cultura y contexto social al que pertenecen, que tienen de-

recho a recurrir la decisión. Luego, estando institucionalizada la persona menor de edad y sin que exista una resolución formal posterior emitida por quien representa legalmente a la Oficina Local, profesionales en Psicología o en Trabajo Social son quienes ponen las condiciones y luego toman la decisión de permitir o de prohibir el contacto del niño o de la niña con sus progenitores o con otros familiares o referentes afectivos. Nada de eso consta por escrito y, por supuesto, no se informa a los interesados sobre las alternativas que existen para cuestionar o combatir esas arbitrarias decisiones.

En el mejor de los casos, estas medidas de retirar a la persona menor de edad de su entorno habitual y del consecuente impedimento al contacto con sus referentes familiares y afectivos, se prolongan por un máximo de seis meses. Sin embargo, cuando la Oficina Local no cuenta con elementos suficientes para ordenar el regreso al hogar de la persona menor de edad ni para iniciar acciones judiciales más complejas en contra de sus progenitores, entonces se debe solicitar al Juzgado que conoce la materia de Niñez y Adolescencia que prorrogue las medidas de protección. En gran cantidad de ocasiones, esta solicitud se formula cuando la medida ya está vencida. En otra gran cantidad de casos, como la decisión la adoptó sin escuchar a los progenitores, ni siquiera los han notificado; y en otros tantos asuntos, aún habiéndolos notificado, no les dieron traslado ni les previnieron que señalaran un lugar o un medio para atender sus notificaciones. Esto provoca que, a pesar de haber solicitado la prórroga de la medida de protección a la autoridad jurisdiccional, el Juzgado no pueda convocar *de inmediato* a las partes a la audiencia prevista por el artículo 144 del Código de la Niñez y Adolescencia, sino que debe comenzar por buscar a los progenitores para tratar de notificarlos. Son muchos los casos en que al cabo de un año, que es el máximo absoluto que podría haber estado vigente la medida de protección, aún no se haya logrado notificar a los progenitores.

Aquí también se debe destacar el desconocimiento de los Jueces y de las Juezas que tramitan las medidas de protección que se emitieron en la sede administrativa. Incomprensiblemente muchos de ellos piensan que se trata de procesos nuevos, por lo que emiten resoluciones en las que dan *traslado* a

los progenitores. No comprenden que se trata de un mismo proceso y que lo que resulta procedente es convocar, de inmediato, a la audiencia recién indicada para que esta se celebre en el plazo de cinco días.

En escenarios más complejos, estando decretada la medida de protección mediante la cual se ordenó el egreso de la persona menor de edad de su entorno habitual, la misma Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia suele presentar las demandas de suspensión o de privación de la autoridad parental, o de declaración judicial de abandono, sin pedir que la *medida de protección* originalmente dictada se prorrogue, o bien, que en este nuevo proceso -que ya es de conocimiento plenario- se disponga una *medida cautelar* que tenga los mismos efectos. Luego, a pesar de que la medida de protección ya está vencida y a pesar de que el conflicto ya está judicializado, la misma Oficina Local sigue disponiendo cambios en la ubicación de las personas menores de edad o sigue permitiendo o prohibiendo el contacto con los progenitores u otros referentes afectivos. Es decir, el hecho de que el caso ya esté siendo conocido en la esfera judicial le resulta de nula importancia a la entidad administrativa. Peor aún, sin decisión judicial, los niños y las niñas siguen materialmente alejados de su lugar de residencia habitual y sin contacto con sus familiares u otros referentes afectivos, a pesar de que la medida de protección original -que no podía exceder de seis meses, conforme al artículo 138- se encuentra vencida por días, meses e incluso años.

IX. El problema del abordaje inadecuado en los Juzgados contra la Violencia Doméstica

Pese a que la Ley contra la Violencia Doméstica tiene un rango inferior, general y anterior al Código de la Niñez y la Adolescencia, es lo cierto que en ella está dispuesta su aplicación a favor de las personas menores de edad. Incluso, con la reforma que se introdujo mediante Ley 8925, estando ya vigente el Código, se reiteró que la Ley resulta aplicable a favor de esa población. Sin embargo, como antes se indicó, las disposiciones del Código son transversales y deben aplicarse en todos

los escenarios donde se conozca un asunto relacionado con niños, niñas o personas adolescentes. Lamentablemente, es fácil comprobar que una gran cantidad de autoridades judiciales que conocen asuntos contra la violencia doméstica tratan los casos donde se peticiona protección a favor de las personas menores de edad exactamente igual a cualquier otro, sin percatarse de la trascendencia que tienen sus decisiones en los derechos fundamentales de esta población.

El proceso diseñado para aplicar medidas de protección en la Ley contra la Violencia Doméstica sufrió una modificación a partir de febrero de dos mil once, cuando entró en vigencia la recién citada Ley 8925. Ahora el proceso tiene una estructura monitoria donde la decisión se adopta desde el principio, inmediatamente después de que se peticiona la protección y sin escuchar a la otra parte, en lo que la doctrina conoce como una sentencia anticipada. La audiencia oral y privada que antes se debía realizar en todos los casos, ahora solo se realiza en dos situaciones: cuando la persona que pide la protección cuenta con antecedentes como persona agresora, o cuando la persona que es señalada como agresora pide que se convoque. Con la reforma también se modificó el plazo de vigencia de las medidas de protección, pues antes el Juez o la Jueza debía disponerlas en un rango de entre uno y seis meses,15 con posibilidad de prorrogarlas por un plazo igual, y ahora está dispuesto que el plazo es de un año. Esta estructura monitoria y este plazo de vigencia por un año es razonable y perfectamente comprensible cuando la víctima es una persona adulta, principalmente una mujer, pues el abordaje que se debe dar es de choque para romper el ciclo de violencia. Pero cuando la medida se decreta a favor de una persona menor de edad, sin escuchar a la persona menor de edad ni a la otra parte involucrada y por el largo plazo de un año, las consecuencias pueden ser

15 En la práctica, la inmensa mayoría de los jueces y de las juezas decretaron siempre las medidas de protección por el plazo máximo de seis meses, independientemente de la gravedad de los hechos, y las prorrogaban por simple petición del solicitante. Todo esto sin fundamentar sus resoluciones.

nefastas. Recuérdese la trascendencia que tiene la percepción del tiempo en la vida de un niño.

La situación se complica porque también en una gran cantidad de asuntos, los jueces y las juezas decretan las medidas de protección en la resolución inicial -como debe ser-, pero sin fundamentar su decisión. No explican por qué consideran que la conducta descrita en la solicitud constituye violencia y, sobre todo, no dan las razones por las que decretan las medidas de protección que ordenan en el caso particular. Muchas veces esas medidas son irrazonables, innecesarias, impertinentes o desproporcionadas. Por otro lado, con gran facilidad retiran a la persona menor de edad del hogar del progenitor custodio -generalmente la madre-, sin siquiera ponderar que esa medida debe ser excepcional y, si así se dispone, por un tiempo pequeño. Si la medida se decreta por el largo plazo de un año, se configura una nueva realidad y, de principio, una vez vencido, un nuevo desarraigo puede ser nocivo. A manera de comparación, este plazo es tan largo que cuando existe una sustracción internacional y el niño ha estado fuera del país de su residencia habitual por más de un año, tanto el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (que entró en vigencia en 1994) contemplan como regla la no restitución. Otra medida que suelen adoptar los Jueces y las Juezas contra la Violencia Doméstica es prohibir el contacto de niños y niñas con el progenitor no residente, y esto lo ordenan sin siquiera investigar si existe un proceso judicial donde ya se haya establecido un régimen de comunicación y contacto entre ellos. Lo más relevante de todo esto es que el Juez o la Jueza contra la Violencia Doméstica no es competente para tomar la decisión de separar al niño de su progenitor custodio ni la de prohibirle el contacto con el progenitor no residente con carácter definitivo. Y esto no solo lo hacen, sino que lo hacen sin siquiera fundamentar su decisión. Con esta actitud incumplen flagrantemente los reiterados pronunciamientos de la Sala Constitucional en los que se exige la fundamentación de las resoluciones judiciales. Este tema es vetusto. La primera sentencia que expresó este deber se pronunció hace más de veinticinco años (300-1990) y

se ha reiterado en incontables oportunidades. En esta materia de violencia doméstica en particular, resulta muy ilustrativa la sentencia 1215-2016, pronunciada a las 9:05 horas del 27 de enero, en una acción de inconstitucionalidad que se promovió en contra de los artículos 14 y 19 de la Ley contra la Violencia Doméstica. Uno de los argumentos dados por el accionante fue que la Ley contra la Violencia Doméstica es omisa en señalar que el Juez o la Jueza están obligados a motivar la decisión de rechazar la prueba ofrecida por la persona señalada como agresora. La Sala no se limitó al deber de fundamentar la resolución que rechaza prueba, sino que en forma extensiva y genérica señaló lo siguiente:

> "V. SOBRE LA ACUSADA OMISIÓN DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EXIGIRLE AL JUEZ QUE FUNDAMENTE, DEBIDAMENTE, LA RESOLUCIÓN QUE RECHAZA LA PRUEBA OFRECIDA POR EL DEMANDADO. *En cuanto a este extremo, debe indicarse que el solo hecho de que la Ley contra la Violencia Doméstica no disponga, de forma explícita, tal deber de fundamentación, no puede estimarse que suponga, per se, la inconstitucionalidad de dicho cuerpo normativo. Esto es así, dado que, en primer lugar, esta Sala ha señalado que todas las autoridades jurisdiccionales, en cualquier materia que se trate, deben respetar el debido proceso y el derecho de defensa, resolviendo en forma fundamentada todas las cuestiones que le sean sometidas a su conocimiento, pues el ejercicio del poder jurisdiccional no puede considerarse arbitrario (Ver, por ejemplo, voto No. 5801-95, de las 15:06 hrs. del 24 de octubre de 1995). Lo que implica que, independientemente, que la Ley contra la Violencia Doméstica recoja o no tal deber de fundamentación, de manera explícita, el mismo se deriva de forma directa de la Constitución Política, como norma que se caracteriza por su supremacía, superlegalidad y eficacia directa e inmediata, por lo que resulta exigible y vinculante para todos los poderes públicos. A lo que se añade, en segundo lugar, que el artículo 19 de la Ley contra la Violencia Doméstica establece que se aplicará, supletoriamente, el Código Procesal Civil, en lo que*

> *se guarde silencio, sea compatible y no se oponga a lo preceptuado en la Ley contra la Violencia Doméstica, en cuyo caso, también el Código Procesal Civil también se deriva el deber general de las autoridades jurisdiccionales de fundamentar sus resoluciones (ver, al efecto, el artículo 153). [...]"*

Otro problema que se presenta en el escenario judicial es que la reforma se introdujo a la Ley contra la Violencia Doméstica no señala el plazo dentro del cual se debe realizar la comparecencia oral. Antes de la reforma, el plazo estaba dispuesto en la Ley. Lo que disponía el artículo 12 era lo siguiente: *"En la resolución que ordena aplicar las medidas de protección, el juzgado citará a las partes para que, dentro del plazo de tres días, comparezcan a una audiencia oral donde se evacuará la prueba."*

Como esta Ley fue la primera que reguló un proceso con estas características, se hicieron varias consultas a la Sala Constitucional en las que se le preguntó si la disposición contenida en el artículo 10, en el sentido de que no cabe ningún recurso en contra de la resolución que ordena la aplicación de las medidas de protección, resultaba o no resultaba violatoria del derecho a la defensa. En aquella oportunidad, la Sala expresó que no se producía esa violación PORQUE la misma Ley disponía que se DEBÍA celebrar una audiencia oral en el plazo de TRES DÍAS. Así lo indicó, entre otras, en las sentencias 2537-1996, 2896-1996, 2897-1996, 2898-1996, 2899-1996, 2966-1996, 2967-1996, 2968-1996, 3045-1996, 3046-1996, 3047-1996, 3048-1996, 3049-1996, 3050-1996, 3051-1996, 3052-1996 y 3053-1996, en las cuales consignó lo siguiente:

> *"[...] III). Tal y como se indicó, esta Sala ha reconocido en múltiples oportunidades, la potestad del legislador para regular discrecionalmente el trámite de los diversos procesos judiciales, en tanto dicha regulación se ajuste a los parámetros de constitucionalidad que regulan la actividad legislativa. Así se indicó, entre otras, en la resolución número 0479-I-94, de las catorce horas treinta y cuatro minutos del veinte de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, al resolver similares cuestionamientos a los que ahora se analizan, en relación con la protección del debido proceso en los proce-*

sos de contravenciones, en la cual se señaló que como la Constitución Política no toma partido respecto de los diversos sistemas de procedimiento existentes para posibilitar la investigación de un hecho de naturaleza penal, las disposiciones 39 y 41 constitucionales permiten concluir que el constituyente dejó a criterio del legislador secundario el establecer el sistema procesal, exigiendo eso sí que se garantice en él la defensa -con todas sus consecuencias-, y que el procedimiento sea expedito para que la administración de justicia sea pronta, cumplida y sin denegación. Esa potestad legislativa de diseñar, dentro de cada rama general del Derecho Procesal, procesos específicos que permitan adecuar la actividad jurisdiccional a la especialidad y a las particularidades de cada materia, fue reconocida también en la sentencia número 0778-93, de las once horas quince minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y tres; y de allí que, a partir de lo dicho, se arriba a una conclusión inicial, en el sentido de que el establecimiento de un proceso de carácter sumario para la imposición de medidas de protección contra la violencia doméstica, no contiene por sí mismo, lesión constitucional alguna, dado que no sólo esa potestad de regulación puede ser válidamente ejercida por el legislador, sino que además, la diversa forma en que éste regule los procedimientos judiciales tampoco es contraria per se al principio del debido proceso.- **Tal lesión en cambio sí se produciría en virtud de un exceso de poder legislativo, en tanto la sumariedad del proceso, analizado en cada una de sus fases, impida en forma total y absoluta, el ejercicio de la defensa para alguna de las partes involucradas en éste, vicio que justamente es el que se le achaca a la Ley número 7586 en estudio.**

IV) La constitucionalidad del procedimiento para dictar medidas de protección a favor de las personas víctimas de violencia doméstica, debe analizarse a la luz de los valores fundamentales que inspiraron la promulgación de esa normativa. Y es que, en efecto, el artículo 1 de la Ley número 7586 es absolutamente claro en el

*sentido de que la regulación legislativa tiene por objeto dar cabal cumplimiento a lo que dispone el artículo 51 de la Constitución Política, norma programá*tica que establece la obligación del Estado de dar protección especial a la familia como elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, así como a las madres, niños, ancianos y enfermos desvalidos, y en tales t*érminos, la Ley no es sino una manifestación del cumplimiento de esa directriz constitucional, cuyo espíritu permea todo su contenido. Tambié*n *están de por medio los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de los miembros del núcleo familiar -todos garantizados por la Carta Fundamental y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- cuya vigencia se ve seriamente comprometida cuando uno de sus miembros, abusando de su fuerza física o de su posición de autoridad, le inflige vejámenes físicos, sexuales, psicológicos o patrimoniales a uno o varios de sus integrantes.* **En aras del mantenimiento de la unidad familiar y de la integridad de los miembros de la familia, es que el legislador consideró oportuno dotar a las personas víctimas de violencia doméstica de un procedimiento ágil y oportuno, que les garantice en forma inmediata el cumplimiento de los postulados constitucionales mencionados; y por ello, no resulta contraria al debido proceso la facultad del juez de familia de ordenar en el auto cabeza del proceso, el cumplimiento de una o varias de las medidas de protección establecidas en el artículo 3 de la Ley número 7586, aún sin que para ese efecto otorgue audiencia alguna al supuesto agresor, pues en este extremo debe prevalecer el interés superior de proteger, sin demora, la integridad de la persona agredida. Debe advertirse además, que dicha resolución establece una medida que es de carácter provisional, y además es la que abre la posibilidad para que la persona contra quien se solicita la protección, haga llegar**

> **al expediente las pruebas que obren a su favor, sea cual sea su naturaleza.** *Así se desprende del contenido del artículo 12 de la Ley, el cual dispone que* en la misma resolución que ordena la medida, debe citar a las partes a una audiencia ante el juez dentro de tercero día, para evacuar las pruebas y resolver si aquélla se mantiene o no. Ello quiere decir, que la medida cautelar que se establece en la resolución inicial del proceso, únicamente se prolongará por tres días, al cabo de los cuales, ambas partes podrán presentar ante la autoridad competente toda la prueba que consideren pertinente en defensa de sus intereses, la que una vez evacuada, servirá de base al juzgador para tomar una decisión definitiva. Por la circunstancia apuntada, resulta razonable y necesario, que contra la resolución inicial no proceda recurso, pues tratándose de una decisión preliminar, la apelación únicamente tendría como resultado la dilación innecesaria del proceso, el cual debe resolverse tres días después de tomada la medida." (Lo destacado con negrilla y subrayado no está en el original)

Hay que reconocer que durante la vigencia del artículo 12 original fue prácticamente imposible cumplir con esa disposición que obligaba a realizar la audiencia oral y privada al tercer día, incluso muchas veces resultó imposible notificar esa resolución a la parte contraria en un plazo tan corto, pero siempre se entendió que el lapso que existiera entre la fecha en que se notificaba a la persona señalada como agresora y la fecha en que se realizaba la comparecencia no podía ser extenso, pues eso desvirtuaba el propósito de la Ley.

Con la reforma que se introdujo a este artículo 12 en la Ley 8925, el plazo ya no está dispuesto en la norma; es decir, la Ley ya no señala cuándo se debe llevar a cabo la comparecencia. Lo que dispone es que la persona agresora cuenta con cinco días para pedir que se realice, pero no dice cuándo debe ser programada esa audiencia. Ese es ahora un plazo judicial y no un plazo legal. Sin embargo, siguiendo el razonamiento dado explícita y reiteradamente por la Sala Constitucional en

las sentencias antes mencionadas, es posible afirmar categóricamente que entre la fecha en que se emite la resolución que convoca a las partes a la audiencia oral y privada, y la fecha en que esta audiencia efectivamente se realiza, el lapso debe ser lo más corto posible, sin que parezcan existir razones atendibles para que este sea prolongado. Cada caso y cada Juzgado presentan circunstancias particulares, pero lo que sí puede afirmar con toda contundencia es que ese lapso NO DEBE SER LARGO, y menos cuando dentro de las medidas de protección decretadas al inicio del proceso se encuentra alguna que disponga la separación de un niño, una niña o una persona adolescente de su progenitor custodio o la prohibición de compartir con el progenitor no residente.

Por este motivo, si la ley dispone que la persona que fue denunciada como agresora cuenta con cinco días para solicitar que la comparecencia se programe y que la autoridad judicial debe convocarla de oficio –entendiéndose que así debe disponerlo desde la primera resolución– cuando la persona que pide la protección ostenta, a su vez, con la condición de persona agresora en otro proceso. (Art. 12, párrafo primero), es preciso entender que esa audiencia debe realizarse PRONTO. El hecho de que el señalamiento se tenga que hacer de oficio –en algunos casos– o que la comparecencia se tenga que pedir dentro de los cinco días siguientes –en los demás casos– es porque el legislador ha entendido LA URGENCIA de que la comparecencia se programe en EL CORTO PLAZO. Como indicó la Sala Constitucional en los múltiples pronunciamientos que antes se citaron, si no hay posibilidad de recurrir ni con revocatoria ni con apelación las medidas de protección que se adoptan en la resolución inicial, lo mínimo que se debe garantizar a la ciudadanía es que la audiencia se realice lo MÁS PRONTO POSIBLE.

Sin embargo, es factible constatar casos en los que los Juzgados contra la Violencia Doméstica han dispuesto la separación inmediata del niño o le han prohibido mantener contacto con el otro progenitor, y cuando se les solita que convoque a la comparencia oral, programan la audiencia varios meses después, cuando el daño ya está consolidado. Una vez más: la percepción del tiempo en la vida de los niños y de las niñas

es fundamental, pero las autoridades judiciales no le dan la importancia que tiene.

X. Conclusión

El tema no es tan ligero como decir simplemente que lo que importa es definir quién debe conocer un determinado proceso, cuando se solicitan medidas de protección. La gran trascedencia más bien se encuentra en el "cómo" se debe abordar el conflicto.

Fiel a la naturaleza del conflicto de la violencia doméstica cuando las víctimas son mujeres, la Ley contra la Violencia Doméstica contempla un abordaje fuerte, de choque, de extrema contención. Las medidas de protección incluidas en el artículo 3 contemplan la expulsión del agresor del hogar, la autorización para que la víctima se traslade a otro domicilio, la prohibición de que el agresor se acerque a la víctima incluso con la determinación de un perímetro, etcétera. No quiero decir que estas medidas se tengan que aplicar siempre o de manera indiscriminada, pues los Jueces y las Juezas tienen la responsabilidad de ponderar la situación que se presenta en cada caso concreto para disponer las medidas de protección que resulten idóneas, razonables y proporcionales; pero lo cierto es que en este escenario la fuerza con la que actúa la autoridad judicial es notoria.

Por el contrario, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia lo que se procura es que la persona menor pueda ejercer y gozar los derechos fundamentales que le son reconocidos. Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos del Niño han emitido pronunciamientos contundentes indicando que la separación del niño de su entorno habitual y la supresión del contacto con sus referentes afectivos tienen que ser medidas excepcionales y, preferentemente, temporales.

Dentro de estos derechos que tienen las personas menores de edad, uno muy importante es el derecho a crecer y a desarrollarse al lado de sus progenitores. Por supuesto, no es que se trate de un derecho indiscriminado y que el niño, la niña o

la persona adolescente, tenga la obligación de estar junto a sus progenitores aún en caso de que ellos irrespeten sus derechos fundamentales. Pero precisamente con base en esta normativa especial para la niñez y la adolescencia, el abordaje que propone la Convención, el Código, la Corte y la Comisión es constructivo, de forma tal que se tomen las medidas adecuadas para que estas personas puedan disfrutar de sus derechos de la mejor manera posible.

El Código de la Niñez y la Adolescencia contempla medidas de protección tales como la orientación, el apoyo y el seguimiento a la familia; matrícula y asistencia obligatoria a establecimientos de enseñanza; así como medidas específicas para los progenitores, a quienes se les puede remitir a programas de protección a la familia (como las conocidas "Escuelas para Padres"). Y, claro está, también contempla medidas más drásticas, que implican la separación de la persona menor de edad de la custodia de sus progenitores. Pero aún en estos casos, la sede administrativa puede disponer esta medida por el plazo máximo de seis meses y en ese período, la institución debe hacer todo cuanto sea necesario para procurar que la persona menor de edad regrese con ellos, obviamente, con garantía de que la situación que originó la separación ha sido superada. En síntesis, el abordaje del conflicto es muy distinto.

Todo lo anterior no quiere decir que los Juzgados contra la Violencia Doméstica nunca deberían conocer las solicitudes de protección que se formulan a favor de personas menores de edad. Es claro que estos Juzgados tienen un rol de atención que garantiza que la protección se pueda disponer cualquier día y a cualquier hora del año, algo que no todas las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia pueden garantizar. En tal virtud, sí es procedente que el Juzgado contra la Violencia Doméstica asuma, en circunstancias excepcionales, el conocimiento de estas solicitudes, pero las medidas de protección deberían tener vigencia solamente durante el tiempo necesario que transcurra para que la Oficina Local asuma el conocimiento del asunto, o bien, para que el asunto llegue a conocimiento del Juez de Familia, en un proceso de conocimiento.

Sin embargo, si el Juez o la Jueza contra la Violencia Doméstica recibe una solicitud de protección para una persona

menor de edad y considera que sí debe atender el asunto, no se debe limitar a aplicar las medidas de protección que están contempladas en la Ley contra la Violencia Doméstica, sino que debe integrar las medidas de protección dispuestas en el Código de la Niñez y la Adolescencia. No solamente está el tema de la jerarquía normativa, la cual le obliga a aplicar las disposiciones contenidas en el Código, sino que también está el deber de ponderar la situación que se presenta y de resolver el conflicto de form a que se respete al máximo el interés superior de la persona menor de edad.

La Sala Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 156 del Código de Familia en la sentencia número 12019-2006, dijo lo siguiente:

> *"La Constitución Política establece claramente que los padres tienen hacia sus hijos -tanto los nacidos dentro como fuera del matrimonio-, iguales obligaciones; la Sala ha interpretado que también tendrán los mismos derechos, en tanto la autoridad parental supone un conjunto de poderes-deberes que no se puede fragmentar. La norma tampoco es idónea. Si en el tema de la niñez el Estado se ha comprometido a proteger y procurar el desarrollo integral de los niños -para lo cual es fundamental la presencia activa del padre y de la madre- la disposición impugnada no favorece tal desarrollo, pues sin que exista un motivo objetivo y comprobado a través del procedimiento correspondiente, se impide el desarrollo del vínculo afectivo entre el padre/madre e hijo/hija. Asimismo, la norma no es necesaria. La negativa inicial de un padre -o una madre en supuestos calificados-, en reconocer su paternidad, no es motivo suficiente para invalidar el derecho del niño a la relación paterno-filial y los derechos que de esa relación se derivan. En el eventual caso de que se compruebe un ejercicio inadecuado de la patria potestad (en los supuestos establecidos en los artículos 158 y 159 del Código de Familia) existen procedimientos específicos para la suspensión o terminación de aquella."*

Mi máxima preocupación en este tema es que las intervenciones aisladas y desarticuladas producen efectos muy nocivos

y muchas veces terminan siendo realmente contrarios al mejor interés de la persona menor de edad. Así, si el niño está bajo la custodia de uno de sus progenitores y es removido de esa custodia de una forma absolutamente repentina, no siempre se puede afirmar que esa decisión sea la que más le favorece. Lo mismo sucede cuando, sin más, se les prohíbe tener contacto con sus referentes afectivos. Muchas veces los ciudadanos y los profesionales en Derecho acuden a la sede de violencia doméstica porque ignoran las otras vías y otras veces acuden al Patronato Nacional de la Infancia para gestionar medidas de protección porque existe un serio riesgo. Pero no es un secreto que en otras ocasiones también acuden porque obtienen una decisión inmediata y sin mayor análisis y con nulo fundamento por parte de las autoridades administrativas o judiciales. Esto es realmente muy peligroso porque el sistema es utilizado para fines perversos. Pero incluso cuando se acude a de buena fe, el resultado también puede ser perverso, pues si la medida de separar al niño de su progenitor custodio se decreta "por el plazo de un año" o si se suspende el contacto sin ningún razonamiento (como suele hacerse), es indiscutible que una vez transcurrido ese plazo, el nuevo entorno del niño ya es distinto.

Culmino citando el párrafo 93 de la Observación General 14 de la Comisión de los Derechos del Niño:

> *"Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente*

en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo."

Mecanismos de defensa y protección de garantías fundamentales en procesos ante la administración pública en Panamá.

Jacob Carrera Spooner

Sumario I. Introducción II. Máxima Garantía fundamental en procesos en sede gubernativa (administración Pública) III. Violaciones comunes al Debido Proceso en Sede Administrativa IV. Mecanismo de Defensa y Protección de Garantías en sede Gubernativa V. Vía Recursiva en sede Administrativa o Gubernativa VI. Recursos en Procesos Administrativos especiales VII. Otros Medios Procesales que Orientan a la Protección de Garantías Fundamentales en Procesos ante la Administración Pública en Panamá

En el marco del XI Congreso Internacional de Derecho procesal, bajo el tema, **Garantías Constitucionales y Convencionales, Aplicadas al Proceso**, hemos concluido que es importante abordar el tema de los **Mecanismos de Defensa y Protección de Garantías Fundamentales en Procesos ante la Administración Pública en Panamá**, lo anterior en vista que, de hecho existen una amplia numeración de garantías Constitucionales y Convencionales aplicables en todo proceso, sobre todo en los procesos administrativos. La principal, como ya sabemos, es la del debido proceso, la que es universal a todos los procesos.

Ahora bien, la pregunta a resolver es *¿cómo hacemos valer esas garantías?* y, *¿cuáles son los mecanismos, no solo más idóneos, sino los mecanismos que nuestro legislador ha ideado para proteger y defender la aplicabilidad efectiva de esas garantías?* La respuesta

parece saltar a la vista y rápidamente nos lleva a pensar en un proceso constitucional de protección a dichas garantías, verbigracia, el proceso de **amparo de garantías constitucionales**. Pues sí, eso sería lo más correcto e idóneo, ahora bien, *¿existen más, o existen otros mecanismos protectores de garantías fundamentales?*; y, sobre todo, *¿existen otros mecanismos procesales protectores de garantía fundamental, aplicable en sede gubernativa, es decir ante actuaciones de la administración Pública?*; pues veamos:

II. Máxima Garantía fundamental en procesos en sede gubernativa (administración Pública):

Para entrar a analizar y sobre todo determinar e individualizar la máxima garantía fundamental en sede gubernativa, es menester refrescar algunos conceptos a saber.

Sede Administrativa: En primera instancia, recordemos la vieja teoría de la división de los poderes y refresquemos que tenemos un Estado, que se organiza en Tres (3) Poderes: El Judicial, que administra Justicia; el Legislativo, que crea Leyes; y el Ejecutivo, que administra la cosa pública.

Recordemos también la teoría de *los frenos y contrapesos*, es decir que actúan separados pero en armónica colaboración; esto conlleva entonces que a pesar que cada órgano por antonomasia tiene una función especial, excepcionalmente también tiene uno, funciones que son especialidad de otro; es decir, en el caso que nos ocupa, El Órgano Ejecutivo, no tiene como su función especial la de administrar justicia, pues esta compete al Órgano Judicial, sin embargo, el Órgano Ejecutivo debe en diferentes ocasiones administrar una justicia especial y establecida dentro de sus competencias, función esta que va más allá de los actos administrativos propios de la administración pública.

Justicia Administrativa: El resultado de ese ejercicio jurisdiccional, se le denomina **Justicia administrativa**, que no es más que la Administración Publica, administrando justicia, en sede administrativa y en temas y competencias propias de la administración Pública. Ejemplos de esta justicia adminis-

trativa lo son: --**Los Procesos por Hechos de Transito**, --**Los Procesos Administrativos de Policía**. Además de las recientes Jurisdicciones Especiales que amplían y unifican --**Los Procesos ante la Jurisdicción Tributaria**, --**Los Procesos ante la Jurisdicción de Contratación Pública**, entre otras.

Como se observa, para el caso de la Administración Publica, es decir, Órgano Ejecutivo, esas facultades jurisdiccionales, no son tan excepcional, sino que se convierten en una regla, es por ello el desarrollo de **La Justicia Administrativa**, desde el punto de vista procesal y sobre todo desde el enfoque de las garantías fundamentales aplicables al debido proceso en sede gubernativa. Para una mejor interpretación del concepto de Justicia Administrativa y de la connotación de Jurisdicción administrativa, que es la que nos interesa para el presente ensayo, recomendamos la lectura de la obra CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA JUSTICIA ADMIISTRATIVA del autor HECTOR FIX-ZAMUDIO. Ahora bien, para arribar al concepto de la Justicia administrativa que nos interesa, es la que se denomina como *Jurisdicción Administrativa*, que es aquella en que la administración asume facultades propias del proceso, como juzgador, ante dos partes, y toma una decisión en derecho.

El debido Proceso en sede Gubernativa: Todos conocemos ya la máxima garantía fundamental, reconocida de forma amplia en rango Constitucional y Convencional, denominada como **"Debido Proceso"**. Esta aplica no solo en sede jurisdiccional, normalmente muy reconocida en el ámbito de la justicia penal, pues normalmente se refiere a los derechos del reo, o al principio de presunción de inocencia, recogidos en el artículo 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

Tomando como referencia la obra EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, del profesor **Sergio García Ramírez,** podemos determinar aún mejor tanto el concepto de Debido Proceso, como la aplicación de este principio o máxima de garantía procesal, aplicándola a los procesos no jurisdiccionales, es decir a los procesos que no son administrados por el órgano judicial, y en este caso en particular a los procesos de Justicia Administrativa.

"Entendiendo como debido proceso -"EI debido proceso, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos" – *(Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, cit., parr. 92; Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. parr. 78; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. parr. 68 y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, parr. 178.)*

La jurisprudencia ha atribuido un carácter "expansivo" a las garantías Previstas en el artículo 8.2 CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela Judicial en todos los supuestos: "a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los Derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo Precepto se aplican también a esos ordenes *(Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. parr. 103; Caso del Tribunal Constitucional, cit., parr. 70, y Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos artículo 46.1, 46.2.a ~ 46.2.b Convención _Americana sobre Derechos Humanos), cit., parr. 28)*

En este sentido, la Corte ha sostenido que "las características de imparcialidad e independencia (...) deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. (...) dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se

> **aplican también a las decisiones de órganos administrativos** *(Caso Velez Loor. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, parr. 108.)*.

De lo anterior se concluye claramente que es interés supremo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cumplimiento de las garantías procesales, del Debido proceso, en todos los procesos, y que este interés surge en estricto cumplimiento e interpretación de la Convención Americana de Derecho Humánanos. De más, está entonces decir, que El Debido Proceso como principio máximo de garantía fundamental, es aplicable y de irrestricto cumplimiento en los procesos por Justicia Administrativa, en donde por la especialidad de la jurisdicción, el Órgano Ejecutivo (a cargo de la administración pública) es quien administra justicia, claro está, dentro de su competencia.

III. Violaciones comunes al Debido Proceso en Sede Administrativa

En cuanto a las violaciones más comunes al Debido Proceso en sede gubernativa, debemos señalar que realmente lo más común en los procesos administrativos es las violaciones al debido proceso, violaciones que podemos definir se perfeccionan mediante **la acción** o **la omisión** del funcionario o funcionarios a cargo el proceso, expediente, solicitud, o tramite del que se trate.

Obedeciendo a esta rápida clasificación, podemos determinar que las **Violaciones Por Omisión**, son aquellas en donde se omite la actuación eficaz, eficiente y oportuna del funcionario y la correcta aplicación de las normas aplicables, tanto positivas como las instrumentales; o en el peor de los casos, la actuación es nula, pues el funcionario obvia totalmente los procedimientos que debe imprimir al proceso en particular.

Por su lado las **Violaciones por Acción**, son aquellas en donde el funcionario imprime procedimientos equivocados o no aplicables tanto al caso, como no aplicables a la misma jurisdicción especial administrativa, es decir aplica normas pertenecientes a otras jurisdicciones, las que aplica por analogía

o de manera supletoria, pero ilegalmente, ya que no se le está permitido. Lo anterior se puede observar reiteradamente en los procesos administrativos de policía, en donde los, aun en funciones, *Corregidores de Policía*, aplican a sus proceso, indistintamente normas del Código de Procedimiento Judicial, sobre todo en materia Civil, como del Código Administrativo.

Hacemos un alto para ampliar este ejemplo. En Panamá, existe una Jurisdicción Especial a cargo de Corregidores de Policía, cuyo procedimientos esta consignados en el Código Administrativos, el que los clasifica en 2 tipos de proceso, 1- Procesos Correccionales de Policía, y 2- Controversias Civiles de Policía. Muy coloquialmente, personalmente, lo llamamos a *los primeros* como *los mini delitos*, pues es básicamente se trata de algunas conductas que aunque, algunas también, tipificadas en nuestra Ley Penal, no cumplen con ciertos elementos que los configuran plenamente como delitos y escapan a la jurisdicción penal, tal es el caso de Robo y Hurto por cuantía menor a los 250 dólares; el de riñas agresiones o lesiones personales cuya incapacidad medica no supera los 30 días; y otras faltas menores. Los segundos por su parte, sería lo parecido a los procesos de la jurisdicción civil, pero igualmente en escala o cuantía muy ínfima o bien controversias que por su naturaleza y simplicidad no requiere intervención judicial y que se encuentran así enumeradas en el mencionado Código Administrativo, como es el caso de conflictos entre vecinos por cercas, ruidos, alteración del orden, lanzamientos por intruso, protección a la persona y a la propiedad, entre otros.

De la misma manera, **Violaciones por acción,** encontramos en el resto de los procesos en sede gubernativa, sobre todo por errada aplicación de las normas, sobre todo en materia de notificación, traslado, recursos, entre otras.

Por ejemplo en los procesos por hechos de tránsito, los mismos están regulados en una norma especial, y son de conocimiento de Juzgados Municipales de Transito, sin embargo en todos los municipios, no necesariamente existe el correspondiente Juzgado de Transito, por lo que tal competencia la asume el Alcalde Municipal, a través de su oficina de Asesoría Legal, que funge como Secretaria y a su vez como sustanciadora del proceso. Con lo anterior se trastoca no solo el tema

de la especialidad del Juez Natural del proceso, sino además los escalones o peldaños de las instancias a conocer el proceso, pues donde existe el Juez Municipal como primera Instancia, el Alcalde Municipal es la segunda instancia natural; pero en los municipios donde falta del Juez Municipal de Transito, el Alcalde Municipal tiene la competencia en primera instancia y la segunda instancia pasa entonces a ser competencia de los Gobernadores. Es aquí entonces donde saltan a la vista las divergencias en el criterio de interpretación y aplicación de las normas aplicables, según la perspectiva del funcionario, que con la especialidad o no, conoce de la causa de tránsito.

Ley de Procedimiento Administrativo: En el año 2000, se dicta en Panamá la Ley 38, mediante la que se establece el Procedimiento Administrativo, aplicable a todos los procedimientos que se desarrollen en sede gubernativa, salvo que existan leyes especiales que los regulen, tal como los casos ante explicados *(Procesos administrativos de Policía, que se regulan en el código Administrativo, y los procesos de Transito que se regulan por la norma Especial de Transito)*; dicha Ley 38, en su artículo 37 establece:

"Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley."

Con la creación de esta Ley se viene a reforzar la garantía del Debido Proceso en Sede Gubernativa, lo cual se hace extensivo, todos los procesos de Justicia Administrativa, en especial a todo procedimiento, tramite, solicitud o consulta que se realice ante la administración pública, en otras palabras, no solo a los procesos contencioso en donde la administración tiene que decidir en justicia a favor o en contra de una parte, sino también para todos los tramites que unilateralmente solicite o inicie ante la Administración Publica cualquier ciudadano panameño.

Esta Ley 38 de 2000, establece algunos principios generales a los que se debe apegar la administración publica en todas sus actuaciones, incluyendo los procesos en sede gubernativa, estableciendo en su artículo 34, **"el Debido Proceso Legal"**.

"Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada."

Se observa, entonces, que la administración pública debe velar por el respeto al debido proceso en sus actuaciones, por lo que se establece una vía recursiva y de revisión contra las decisiones dentro de dichos procesos.

IV. Mecanismo de Defensa y Protección de Garantías en sede Gubernativa

Quizá para algunos autores o procesalistas, la vía recursiva no entra o se cualifica como mecanismos de defensa o protección de garantías, pues su fin inmediato de revisoras de las decisiones de fondo de primera instancia, la ha convertido en inamovibles actos revisorios únicamente del fondo.

Pues, nosotros debemos concluir, reiterar y sobre todo resaltar que la Garantía del Debido Proceso debe ser respetada, mantenida y protegida a lo largo de todo el proceso, es decir en cada uno de sus procedimientos, etapa procesales o instancias, por lo que esta Garantía Constitucional y Convencional debe ser siempre revisada en su cumplimiento por quien en

vía recursiva le corresponde revisar las Resoluciones o Actuaciones en sede gubernativa.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia, ha señalado en Sentencia por Amparo de Garantías fechado 2 de marzo de 2007:

> *"Las actuaciones de la autoridad administrativa en el cumplimiento de las normas reguladoras del recurso extraordinario de revisión administrativa* **han de ejercerse según los criterios que orientan el debido proceso**. *Este énfasis es importante por cuanto la propia Constitución ordena que en las causas administrativas se observe dicho principio configurado en la frase "***conforme a los trámites legales***" de la norma constitucional."*

Recordemos que, el Recurso de Revisión administrativa, es un recurso extraordinario de competencia en sede gubernativa. En este caso en particular, la corte hace énfasis que **en las causas administrativas se debe observar el debido proceso legal**, máxime, tratándose de una decisión en vía recursiva.

En Sentencia, dictada en apelación civil en contra de Resolución emitida por el Director del Registro Público, fechada 12 de febrero, la Sala Civil de la Corte plasmó lo siguiente:

> "El contenido esencial del debido proceso, se integra con los derechos de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, su notificación, la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adi-

> ción a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad procesales."

En este mismo orden de ideas, la misma Ley 38 de procedimiento administrativo, establece:

> **"Artículo 162**. *Los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder.*
>
> *Para los fines de esta Ley, se entiende por desviación de poder la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley.*
>
> *Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por sus causantes."*

V. Vía Recursiva en sede Administrativa o Gubernativa

La vía Recursiva en sede gubernativa se encuentra establecida de manera general en la Ley 38 del año 2000, que establece el procedimiento administrativo, sin embargo, como hemos expresado, existen algunos procesos administrativos especiales y por ende especialmente regulados por vía legal o reglamentaria, como lo son los ejemplos de los procesos supra mencionados, a saber, los procesos por hechos de tránsito, los procesos correccionales y civiles de policía, a lo cuales no se les aplican todos los recursos previstos en la Ley 38 de 2000.

Recurso de Reconsideración: ante el funcionario administrativo de la primera o única instancia, para que se aclare, modifique, revoque o anule la resolución.

Recurso de Apelación: *ante el inmediato superior,* para que se aclare, modifique, revoque o anule la resolución.

Recurso de Hecho: ante el inmediato superior de la autoridad que denegó la concesión del recurso de apelación o que lo concedió en un efecto distinto al que corresponde, para que se conceda el recurso de *apelación que no fue concedido o para que se le conceda en el efecto que la ley señala;*

Recurso Extraordinario de Revisión Administrativa: contra resoluciones o decisiones que agoten la vía gubernativa, para lograr la anulación de la resolución respectiva, con base en alguna o algunas de las causales establecidas en la propia Ley 38 de 2000.

Es importante discriminar que existe previo a la Ley 38 de 2000 una denominación del Recurso Administrativo, mediante Ley 19 de 1992, en la que establece este Recurso Extraordinario, limitándolo a dos (2) áreas solamente; según el artículo 8) de la referida Ley 19 del 3 de agosto dc 1992, que son: 1- materia correccional y, 2- en los juicios de policía.

La diferencia entre los Recurso Extraordinarios previstos en ambas Leyes, radica en la competencia, veamos:

Ley 19 de 1992 es de competencia exclusiva de los Gobernadores, en materia 1- correccional y, 2- en los juicios de policía.

> ARTICULO 8. Se instituye el recurso extraordinario de revisión administrativa, del que conocerán los gobernadores de provincias para revocar decisiones expedidas en segunda instancia por autoridades municipales en materia correccional o por razón de los juicios de policía de que trata el Libro III del Código Administrativo y la Ley Nº 112 de 30 de diciembre de 1974.

Ley 38 de 2000, establece que la competencia del Recurso es de la autoridad máxima de la dependencia en donde se emitió la Resolución recurrida

> Artículo 190. El recurso de revisión deberá ser interpuesto ante la máxima autoridad de la dependencia en la que se emitió la resolución impugnada. En la administración central, aquél será interpuesto ante el ministro o la ministra del ramo

> respectivo; en las entidades estatales autónomas, ante el presidente o la presidenta de la junta directiva o del organismo colegiado que haga sus veces o ejerza la máxima autoridad en la entidad estatal respectiva.

Para reforzar lo anterior, resulta importante observar lo establecido por nuestra Corte Suprema, en la Sentencia fechada 2 de marzo de 2007, publicada en Gaceta Oficial No 25883 del lunes 24 de septiembre de 2007, dentro del proceso de amparo de garantías en contra del Gobernador de Chiriquí:

> *De lo antes expuesto se coligen las diferencias diametrales que se desprenden de cada norma respecto a la viabilidad de cada recurso. La ley 19 de 1992 resulta una regulación especial del recurso extraordinario de revisión administrativa con propiedades específicas: - Su conocimiento está exclusivamente reservado a los Gobernadores de Provincia, para aquellos casos en materia Correccional o de los juicios de Policía de que trata el Libro III del Código Administrativo y la Ley 112 de 30 de diciembre de 1974 (entendiéndose esto extensivo al Artículo 175 del Código Judicial porque es la última norma legal sobre competencia de las autoridades de policía en materia penal y civil (Policía Moral); - Se emplea para revocar decisiones expedidas en segunda instancia por autoridades municipales, es decir los casos que se originan normalmente en las Corregidurías o Juzgado Nocturnos. - Para su procedencia el recurso debe fundamentarse en alguna de las seis (6) causales contenidas en el artículo 8.*
>
> Por su parte la Ley 38 de 2000 prevé este recurso con la finalidad de lograr la anulación de la resolución impugnada que ha agotado la vía administrativa. Este medio extraordinario de impugnación deberá presentarse ante la autoridad superior de la institución que expidió la decisión en comento, con fundamento en las siguientes causales:
>
> • Cuando la decisión haya sido proferida por una autoridad sin competencia.

• Cuando se condene a un individuo al cumplimiento de una prestación de carácter patrimonial o una sanción sin la debida formulación de cargo o causa, distinta a la formulada.

• En el evento de omitirse la oportunidad para que el recurrente presente, proponga o practique pruebas,

• En el evento de que el número plural de personas cumpla una pena o sanción por una infracción o falta que solo ha podido ser ejecutada por un solo individuo.

• Al basar la decisión en documentos u otras pruebas declaradas falsas con posterioridad mediante sentencia ejecutoriada.

• Cuando por obra del favorecido o por causa de fuerza mayor la otra parte no hubiere podido aportar o introducir durante el proceso documentos decisivos.

• Cuando el cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta hayan influido en el resultado de la resolución, o en el dictamen pericial en el que se fundamentó la sentencia, cuando tales circunstancias se encuentren establecidos en sentencia en firme.

• Ante la ausencia de notificación o emplazamiento en el proceso a una de las partes afectadas por la decisión, siempre que no exista ratificación expresa o tácita de tal parte, ni se hubiese debatido el objeto o asunto.

En ese orden de ideas tenemos que los actos o disposiciones de autoridad emitidos en forma arbitraria con una ilegalidad burda o grosera es lo que caracteriza el nombre de extraordinario que acompaña a este recurso, porque son causales especiales las invocables previstas por la Ley para revisar extraordinariamente (porque se trata de resoluciones en firme o ejecutoriadas) tales actos

> ilegítimos. (Parte de esta categorización puede consultarse en la interesante Vista de 2002 emitida por la Procuraduría de la Administración. Caso: Magdaleno Araúz contra Romel Troetsch y Ángel Araúz).

VI. Recursos en Procesos Administrativos especiales

Como hemos acotado, los recursos supra enlistados, son los recursos previstos en la Ley general de procedimiento administrativo, sin embargo los mismos no son propios en su lista completa a todos los procedimientos administrativos, pues bien, ya sabemos que existen procedimientos especialmente regulados. Recordemos también que la Ley 38 de 2000 establece que la misma aplica para todos los procedimientos administrativos, excepto aquellos que tengan una regulación especial, o bien aplica como norma supletoria ante los vacíos de estos.

> "Artículo 37. Esta Ley se aplica (…) salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley."

En cuanto a los procesos especiales, debemos aclarar que no todos admiten el Recurso Extraordinario de Revisión Administrativa, pues en el caso de Los **procedimientos por hechos de tránsito**, la corte ya ha sentado que estos son de 2 únicas instancias, por lo que la vía se agota con el recurso de apelación. Sobre el particular resulta pertinente citar parte del pronunciamiento emitido por La Corte Suprema de Panamá, de fecha 29 de marzo de 1996, sobre un caso similar:

> "Igualmente, el acto impugnado, al admitir el recurso de revisión administrativa en relación con el proceso de tránsito, se está apartando y excediendo el debido trámite legal que; al efecto, es-

> tablece la reglamentación especial sobre la material. Esto es así, pues lo que, regula el reglamento de Tránsito Vehicular, mediante el Decreto Ejecutivo No. 160 de 7 de junio de 1,993, no es igual a lo preceptuado por la Ley 19 de 3 de agosto de 1,992; en base a la cual se dictó la resolución atacada. En tal sentido, la norma REGLAMENTARIA contenida en el citado Decreto, en cuanto, a la competencia dentro del proceso de tránsito, determina claramente, en su artículo 113, las dos autoridades a quienes corresponderá el conocimiento de la primera y segunda instancia, al igual que del Recurso de Apelación. Siendo ésta, los Jueces de Tránsito y el Municipio correspondiente."

En cuanto a los proceso correccionales o controversias civiles de policía, según el artículo 1715 y 1726, respectivamente, del Código Administrativo panameño, se establece el Recurso de Apelación y en vía extraordinaria el Recurso de Revisión especialmente previsto por la Ley 19 de 1992, supra citada.

Como se observa, nuestro ordenamiento jurídico otorga diversos medios de impugnación y consulta contra los actos o decisiones en sede gubernativa, los que permiten la revisión integral con miras a enmarcarlas dentro de las Garantías fundamentales, con especialidad en la Garantía del Debido Proceso.

OTROS MEDIOS PROCESALES QUE ORIENTAN A LA PROTECCIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN PROCESOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PANAMÁ

Luego de determinados los mecanismos procesales que nos permiten, revisar o impugnar las decisiones en sede gubernativa; y hemos establecido que estos son instrumentos que nos permiten proteger garantías fundamentales, mediante la orientación de las actuaciones y decisiones en sede gubernativa. Debemos incluir dentro de estos medios o mecanismos aquel que tipifica como conducta delictiva *la extralimitación* y *el incumplimiento de los deberes* en el ejercicio de funciones públicas.

Una vez más debemos reiterar que el presente ensayo, no viene a enfocar los mecanismos protectores de garantías constitucionales o convencionales, dentro de las Instituciones Procesales de Garantías Constitucionales, verbigracia el amparo de garantías constitucionales.

Continuando entonces con el orden de ideas, supra expresado, en cuanto a *la extralimitación* y *el incumplimiento de los deberes* en el ejercicio de funciones públicas, existe reiterada jurisprudencia de la nuestra Corte Suprema de Justicia, que recuerda que los funcionarios públicos deben enmarcar sus actuaciones, solo dentro del catálogo de funciones que la Ley les establece y enumera.

En opinión de la procuraduría general de la nación, dentro de procesos de amparo de garantías constitucionales, el procurador ha expresado:

> "(…) pues en Derecho Público Administrativo "los funcionarios. Sólo pueden hacer lo: que la Ley expresamente les autoriza" y no son aplicables ni "'la analogía ni la "interpretación extensiva" de las normas de carácter público. (…)"

Nuestro Código penal tipifica las conductas identificadas como:

> **ABUSO DE AUTORIDAD**, *Código Penal, Artículo 355. El servidor público que, abusando de su cargo, ordene o cometa en perjuicio de alguna persona un hecho arbitrario no calificado específicamente en la ley penal será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.*
>
> **INFRACCIÓN DE DEBERES DE SERVIDOR PÚBLICO**, Código Penal, Artículo 356. El servidor público que, ilegalmente, rehúse, omita o retarde algún acto propio de su cargo será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

Como se observa, se califica como tipo penal, tanto la conducta ejercida por acción, es decir extralimitarse en sus funciones que acarrea abuso de autoridad; como también la con-

ducta ejercida por omisión, es decir infracción de los deberes como servidor público.

Aunado a lo anterior, nuestra legislación penal, establece la responsabilidad civil derivada del delito

> **RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESTAURATIVA** *Código Penal, Artículo 128. De todo delito se deriva responsabilidad civil para: l. Quienes sean culpables como autores, instigadores o partícipes; y 2. Quienes hayan sido favorecidos con eximente de culpabilidad.*
>
> Código Procesal Penal Artículo 122. Acción restaurativa. La acción restaurativa para el reintegro de la cosa y la indemnización o reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, contra el autor o partícipe o el tercero civilmente responsable, podrá ser ejercida por la víctima del delito dentro del proceso penal, conforme a las reglas establecidas en este Código. El Juez puede decretar la reparación de los daños civiles.

Finalmente, luego de agotados todos los medios procesales que en sede gubernativa o bien en la jurisdicción penal, la Ley nos otorga para garantizar la defensa y respeto de nuestra Garantías Constitucionales, tenemos entonces las Instituciones Procesales Constitucionales, especialmente el amparo de garantías fundamentales, previsto en el artículo 54 de nuestra Carta Magna.

Esperamos que este humilde ensayo contribuya al estudio de los mecanismos legales que por mandato constitucional y convencional, nuestra normativa debe contener a fin de brindar a todo ciudadano los mecanismo idóneos para previo a acceder a la jurisdicción constitucional, logre en sede no constitucional, el respeto de sus garantías fundamentales, especialmente la del debido proceso, en procesos o procedimientos antes la jurisdicción administrativa.

Gracias y bendiciones

La obra recoge la investigación regional sobre **las garantías constitucionales y convencionales aplicadas al proceso**, que el Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal (ICRDP) y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua, llevaron a cabo con el apoyo de catorce académicos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, que se presenta en el **XI Congreso Internacional de Derecho Procesal**, en Golfito, Puntarenas, República de Costa Rica, los días 8 al 10 de junio del 2017.

9789992421338

Batalla Salto Luna

Filial de Abogados Zona Sur

PODER JUDICIAL
República de Costa Rica