




INSTITUTO INTERAMERICANO
DE INVESTIGACIONES,
PUBLICACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

REVISTA JURÍDICA

 Dr. Néstor Parisi PhD. [c]


EL DERECHO HUMANO AL AGUA

 Dra. Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria PhD.


COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA

 Dra. María Fernanda Sánchez Díaz PhD.


LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ANÁLISIS TEÓRICO

 Ab. Felipe Asanza Miranda


LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO

 Ab. Damián Armijos

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

 Ab. José Sebastián Cornejo Aguiar

EL FEMICIDIO COMO RESULTADO DEL PODER INTROYECTIVO

 Michael Hernández Sánchez

ANÁLISIS HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

CRÉDITOS

DIRECTOR GENERAL

Dr. Sebastián Cornejo Aguiar Esp.

ISSN:

AUTORES

Dr. Néstor Parisi Ph.D

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria Ph.D

Dra. María Fernanda Sánchez Díaz Ph.D

Ab. José Sebastián Cornejo Aguiar

Felipe Asanza Miranda

Abg. Damián Armijos Álvarez

Michael Hernández Sánchez

Coordinador de contenidos

Michael Hernández Sánchez

Diseño, Diagramación y Revista Digital

Pablo Zavala Andagoya

Diseñador Gráfico



La Revista Cip-Lex Ecuador es publicada semestralmente.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA CIP-LEX ECUADOR

Me parece un motivo, sumamente gratificante, que en esta ocasión se me haya encomendado la labor de poder realizar la presentación de esta nueva revista, que nace como iniciativa del Centro de Investigación Jurídica CIP-LEX ECUADOR, que tiene como finalidad servir como cauce para acercar, y en lo posible conectar, diversas temáticas del campo jurídico, así como para divulgar y debatir los diversos temas que sean comunes o se puedan analizar desde diversos campos del saber.

Revista que sin lugar a dudas trata de cumplir con dos objetivos: a) Investigación, y b) Divulgación, en torno a una visión multidisciplinar del mundo de la ciencia del derecho en la sociedad actual, objetivos que probablemente, sean trascendentales y difíciles de lograr sin embargo estamos plenamente convencidos de que vale la pena disfrutar con este desafío.

Es por tanto, que si partimos desde el entendimiento de la concepción de la palabra “abogado”, debemos indicar, que está proviene del latín “advocatus”, que se derivó de la expresión latina “ad auxilium vocatus”, es decir el llamado para auxiliar, entendiéndose, que un abogado es aquella persona, que ha dedicado, o está dedicando su vida al derecho, encargándose no solo de la defensa y la dirección de las partes involucradas en procesos judiciales o administrativos, sino que también brinda asesoramiento, consejo jurídico, escribe libros, artículos, entre otra enorme gama de actividades, que permite el desarrollo de esta muy ilustre profesión.

Ustedes se preguntaran porque en esta presentación me refiero a la contextualización, de la palabra abogado, a lo cual la respuesta es un tanto obvia, ya que la revista del Centro de Investigación Jurídica CIP- LEX ECUADOR, ha decidido fomentar un lugar abierto a los investigadores de todo el mundo, donde puedan publicar sus estudios originales sobre las diversas temáticas del derecho tanto desde una perspectiva filosófica como normativa del ordenamiento jurídico, siendo una herramienta de estudio tanto para los estudiantes como para los abogados en general.

En este sentido, es de destacar que su primer y fundamental rasgo es su claro y marcado carácter participativo, ya que esta revista va a llegar hasta donde se propongan sus lectores, ya que el desarrollo de sus contenidos y sus secciones depende fundamentalmente del nivel de participación de los

misimos, quienes, con la colaboración del Comité Editorial, han de ser los verdaderos protagonistas de cada una de las publicaciones.

Siendo necesario que cada uno de los lectores puedan participar a través de las diversas secciones de la Revista, por ejemplo, proponiendo temas a investigar, o a divulgar o debatir, remitiendo colaboraciones, sugiriendo trabajos que merezcan ser resaltados, etc.

Ya que con la revista conforme la visión de uno de sus fundadores, busca en definitiva, fomentar la creatividad, buscando nuevas ideas y elementos de reflexión o desarrollo dentro del terreno multidisciplinar, así como fomentar la reflexión y el debate en torno a las nuevas ideas que vayan surgiendo, ya que sin lugar a dudas esta pretende aportar en el mundo jurídico con nuevos estudios, experiencias y visiones sobre el derecho.

Si bien la sede de esta revista es Ecuador, su proyección es de carácter Internacional, ya que cuenta con el aporte intelectual y compromiso para su difusión de diversos profesionales que participan en calidad de articulistas, tal es el caso que en esta primera edición se cuenta con el aporte de figuras destacadas como son: La Dra. Lixbeth Xochitl Padilla Sanabria (México); el Doctor Néstor Sebastián Parisi (Buenos Aires); la Doctora María Fernanda Sánchez Díaz (México); el Ab. José Sebastián Cornejo A. (Ecuador); el Ab. Felipe Asanza Miranda (Ecuador); el Ab. Damián Armijos (Ecuador); y Michael Hernández Sánchez egresado en Derecho por la Universidad Internacional SEK (Ecuador).

Quienes en esta ocasión han contribuido en la búsqueda de pasarelas interdisciplinarias en un terreno aún bastante inexplorado como lo es el mundo de la investigación que camina fundamentalmente hacia una creciente especialización en cada una de las disciplinas, abordando diversos conceptos, métodos, o herramientas formales, que puedan ser comunes y aprovechables por cada uno de los lectores, buscando generar puntos de debate y reflexión crítica, en una dimensión teórica, y de vanguardia.

Ab. José Sebastián Cornejo Aguiar.

Abogado por la Universidad Internacional Sek (Quito, Ecuador); Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), Candidato a Especialista en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos por la FLACSO; Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; y Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA. HACIA UNA NECESARIA RECEPCIÓN NACIONAL Y SUPRALEGAL.

Dr. Néstor Parisi 



ABOGADO Universidad ABIERTA INTERAMERICANA, año 2001.

Terciario del Instituto De LaSalle en CAPACITACION DOCENTE para profesionales y Técnicos, duración 2 años.

ESPECIALISTA EN DERECHO DE DAÑOS Universidad DE BUENOS AIRES año 2010.

ESPECIALIZACION EN DERECHO CONSTITUCIONAL, Universidad DE BUENOS AIRES (elaboración de tesina).

DIPLOMATURA EN DEFENSA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, por la Universidad de Zaragoza, España. Año 2016.

DOCTORANDO en la Universidad de Buenos Aires, por resolución número 2180/2013 de fecha 28 de junio de 2013. Área de Estudios: Derecho Civil, director de Tesis: Dr. Sebastián Picasso. Etapa elaboración de Tesis.

El Derecho Humano al Agua potable y su acceso por parte de la población. Los cuestionamientos hacia el régimen de su privatización. Algunas líneas de acción.

No es ocioso recordar que aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales¹, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les demandan que aseguren progresivamente -característica fundamental de todo derecho humano- el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada pero también que se protejan la calidad de los suministros del agua potable. Es decir no solo el acceso al sistema sino que el mismo sea apto para su consumo conjugan las dos esferas visibles del derecho al agua.

Vale recordar las palabras del profesor Mario Peña Chacón quien determina que el agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial

1 En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia. Este es el criterio seguido por la Observación general N° 15 del año 2002 sobre el derecho al agua. Merece destacarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14 2)); el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo, aprobado en 1985 (art. 5); la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 (arts. 24 y 27 3)); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 (art. 28). Es cierto que ninguno expresa positivamente el derecho al agua pero puede inferirse claramente que de sus directivas surge ínsito este nuevo derecho con propia entidad para convertirse en un Derecho Humano Universal. Ver asimismo la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en SANTOS ERESMINDA TÁVARA CEFERINO fallada el 15/11/2007 donde se determinó que en el caso específico del derecho al agua potable, se considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principia lista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible. Se trata de un derecho humano personalísimo, urbi et orbi, erga omnes, que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. Resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano.²

Asimismo, este autor parte de la doctrina de que el derecho a acceder al agua encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros. Desde esta perspectiva y según la visión del autor, discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo o accesorio de otro derecho principal carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. En rigor de verdad la interrelación es una premisa básica de cualquier Derecho Humano.

Una exegesis en sentido contrario bien podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado incumplidor tornándolo pasible de sanciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máxime cuando la Alta Magistratura Nacional argentina mantiene un estricto control de convencionalidad en relación al cumplimiento de las directivas impartidas por aquella entidad.

Y precisamente ha sido en Argentina donde se ha esbozado un primer acercamiento al derecho básico del agua para satisfacer las necesidades humanas fundamentales -durante una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977 y mientras el país se encontraba atravesando casualmente uno de las crisis políticas más cruentas de su historia lo que no deja de sorprender que, en una época donde algunos derechos humanos se avasallaban sistemáticamente por parte de una dictadura militar se estuviera poniendo sobre el tapete la discusión de uno de ellos como lo ha pretendido la Conferencia mencionada.

En su Plan de Acción se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera que sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas, a la par que los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación,

2 Mathus Escorihuela, Miguel, "El derecho al agua en el Derecho Argentino", en: El Derecho al Agua, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2006, p. 225.

vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados. En el Programa de Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos en 1996, el agua y el saneamiento también se consideraron parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

En resumidas cuentas -ver la Observación número 15 del comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales- puede considerarse el derecho humano al agua como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

La Observación mencionada incluida por el Comité señala que el derecho humano al agua implica los siguientes componentes:

a) Disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua recolectada diariamente por los hogares, está determinada por la distancia entre éstos y la fuente de abastecimiento. Si esta fuente está dentro de la vivienda o en un rango de un kilómetro (a media hora, aproximadamente), se cuenta con un nivel básico de servicio, que contribuye a proteger la salud de los hogares. Se estima que las familias que cuentan con este tipo de servicio pueden usar treinta veces más agua para la higiene de niños y niñas que aquellas que deben abastecerse de agua en una fuente comunal. Los miembros de los hogares que no tienen que desplazarse para recolectar agua pueden dedicar más tiempo a la actividad económica, la preparación de los alimentos, el cuidado de los niños y la educación.

b) Calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico, debe ser salubre, y por tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. La Observación General N° 15, enfatiza en la necesidad de proteger las fuentes de agua para consumo humano, lo que implica no sólo cuidar los alrededores inmediatos, sino controlar que la agricultura y la industria no las contaminen; además, quienes realizan estas actividades deben incluir medidas de saneamiento, que son uno de los principales mecanismos para proteger la calidad del agua para el consumo que se extrae de esas fuentes.

c) Accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna dentro de la jurisdicción del Estado Parte. El acceso al agua segura para consumo humano, comprende el agua para beber, para preparar los alimentos y para realizar la higiene. Potencialmente, alienta el lavado de las manos, la realización de la higiene general y el lavado de ropa, así como mejores condiciones de vida.

La accesibilidad al agua segura, tiende a reducir métodos de recolección y almacenamiento que pueden ser riesgosos en relación con enfermedades endémicas como el dengue. Aunque el agua debe ser asequible para todos, generalmente son los pobres quienes reciben menor cantidad de agua y acceden a un servicio menos confiable; asimismo, cuentan con agua de menor calidad y pagan más si deben comprarla. Según estimados, los pobres pagan en promedio 12 veces más por litro de agua que quienes cuentan con un servicio municipal (O.M.S - 2004).

La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: Accesibilidad física. El agua y los servicios e instalaciones de agua, deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua, deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.

La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua. Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua, deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

d) Principio de No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua, deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos y Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Todo lo dicho con una línea conceptual definida por la Organización Mundial de la Salud que adoptó la siguiente definición: derecho a un acceso al agua de suficiente limpieza y en suficiente cantidad para satisfacer las necesidades humanas, incluyendo entre ellas, como mínimo, las relativas a bebida, baño, limpieza, cocina y saneamiento.

Comprendido lo anterior y haciendo una reflexión sobre la problemática actual en estas latitudes por este recurso, a continuación nos permitimos detallar diversas obligaciones que consideramos deben estar a cargo del Estado para resguardar el derecho humano al agua, a saber:

1) suministrar el volumen necesario a los individuos para solventar sus necesidades primarias como la alimentación, limpieza, etc., atendiendo a una distribución equitativa.

2) la calidad del agua suministrada debe apegarse a los parámetros determinados para consumo humano, pudiendo tener características distintas para otros usos, siempre y cuando no vayan en perjuicio de la salud o el ambiente.

3) debe proveerse el tratamiento del agua residual, con el objeto de evitar focos de infección e impulsar el reusó y reciclaje del recurso.

4) debe asegurarse de que no exista violación a éste derecho por terceros, ya sea por acaparamiento o contaminación de las fuentes.

5) expedir legislación que asegure éste derecho, la cual deberá contener los medios de defensa legal para que los gobernados puedan hacerlo valer ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales (ver en el presente trabajo la sección dedicada su frustrada inclusión en el Código Civil y Comercial).

6) adoptar una Política Nacional Hídrica que contemple, por lo menos, la conservación del recurso; el suministro, el tratamiento del agua residual; la recarga de acuíferos en combinación de con Planes de Desarrollo Urbano; la optimización del consumo de acuerdo a cada uso (público urbano, agrícola, industrial, etc.); el desarrollo de nuevas tecnologías; la comunicación con diversos sectores; la revisión periódica de los avances y objetivos; y los planes de emergencia en caso de desabasto

7) asignar los fondos necesarios para los fines antes señalados.

8) en su caso, establecer tarifas que permitan el acceso a este recurso, así como los mecanismos, acciones y recursos necesarios para su cobro, pues la falta de pago en algún momento perjudicará a toda la sociedad. El costo no deberá estar sólo a cargo de un sector, sino que se deberán respetar los principios de proporcionalidad y equidad.

En ese orden de ideas no cabe duda que el Derecho Humano del acceso al Agua Potable se trata de un derecho de prestación ya que consiste en exigir una prestación a los poderes públicos de suministrar agua potable y de sanear las aguas residuales. Por tanto, el derecho humano al agua se aproximaría a los derechos humanos de segunda generación surgidos a partir de finales del siglo XIX y que se caracterizan por exigir prestaciones al Estado (de aquí la calificación también de derechos sociales o de prestación); además, su titularidad no es de toda la colectividad sino de cada uno de los individuos y se basa en la igualdad.³

Como veremos, otra cuestión es la configuración de esta actividad prestaciones administrativa o de servicio público. Según las modalidades tradicionales de prestación de servicios públicos, este servicio de abastecimiento y saneamiento de agua puede ser prestado directamente por la Administración o también por particulares combinando algunas de las formas de gestión indirecta (la más común es la concesión). Pero, en función de la intensidad del proceso de liberalización económica y de privatización sucedida en cada Estado, también se podría prestar por una empresa privada sometida a unas mayores funciones de los poderes públicos de ordenación y control y a unas obligaciones de servicio público que ha de cumplir la empresa privada a lo que el Estado en numerosas ocasiones se desentiende de su eficiente control a las empresas privadas que brindan el servicio lo que en puridad atenta contra la calidad del mismo.

Pero veamos la evolución de ciertos textos legales que pretendieron incluir el derecho al agua como un eslabón independiente y taxativamente consagrado al margen de su interrelación con otros derechos. Es interesante el caso de la Republica de Costa Rica donde en el año 2010 se ha presentado un proyecto de ley para reformar la Constitución a fin de incluir justamente el Derecho al acceso al agua como un Derecho Humano. Incluso este proyecto de ley constaba de un solo artículo que textualmente rezaba: Reformase el artículo 50 de la Constitución Política para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: “Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

3 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003, pág. 21-40, 48-51 y 56; BOBBIO, N., El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1991, pág. 53-57 y PRIETO SANCHIS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990, pág. 26, 44-48

El acceso al agua potable es un derecho humano. El Estado garantizará, defenderá y preservará esos derechos. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. Por nuestra parte si bien consideramos de un tino acertado la propuesta costarricense entendemos que el hecho de que el acceso al agua no esté consagrado como un derecho humano considerado en su individualidad no es necesaria una norma expresa que lo incluya dentro de esa categoría para poder validarlo desde esa arista.

Por su parte México avanzó un paso más y en una de sus recurrentes modificaciones a la Carta Magna constitucionalizó el derecho humano al agua en el Artículo 4 y, desde entonces (febrero de 2012), discute una nueva ley de aguas para todo su territorio. tomando en consideración que el Artículo 1 de la Constitución mexicana sitúa el Derecho Internacional “al mismo nivel” que la Constitución. Una propuesta cívica, oficialmente bajo la forma de Iniciativa Ciudadana de Ley General de Aguas y respaldada tanto por la sociedad como por la academia, propugna desde septiembre de 2012 la mejora de este entramado legal. “La propia Constitución da a la ciudadanía un papel relevante respecto al agua.”⁴

En una sentencia que sin dudas hará historia recientemente el Tribunal Supremo Administrativo griego ha declarado inconstitucional la privatización de la compañía de aguas de Atenas que había sido uno de los principales proyectos de venta acordados. La privatización del sistema de agua potable es violatoria del artículo de la Constitución que obliga al Estado a velar por la salud de sus ciudadanos. En concreto, según el tribunal, la venta violaría los artículos 5 y 21 de la Constitución, que estipulan que la salud debe ser protegida y que el Estado debe velar por el buen estado de la sanidad de los ciudadanos aceptando de esta forma el recurso de un grupo de ciudadanos griegos.

Por su parte el Tribunal Constitucional de Perú -en consonancia con las cuestiones tratadas al comienzo del presente- se pregunto si realmente existe un derecho constitucional al agua potable dejando sentado que se debe determinar si la decisión de cortar el servicio de agua potable afecta un derecho

4 El 26 de noviembre de 2014 la Corte mexicana estableció que se viola el derecho humano al agua si una persona recibe menos de cien litros de líquido al día, precisamente los criterios que establece la Organización Mundial de la Salud. Además, define el derecho al saneamiento conforme a lo establecido por la legislación internacional en materia de derechos humanos, es decir, debe entenderse como un sistema para “la recogida, el transporte, tratamiento y eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene”. El volumen de 50 litros no es casual. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, todo ser humano necesita de 50 a 100 litros de agua diaria, dependiendo de sus circunstancias, y ese es uno de los criterios objetivos establecidos para saber si un Estado cumple o viola los derechos humanos de sus ciudadanos.

fundamental autónomo, consistente en el goce y disposición misma del líquido elemento. Se trata en otros términos de verificar si a la luz de las opciones valorativas reconocidas por su ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional al agua potable y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

De primera intención y a efectos de poder responder a la reflexión planteada, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no le reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentra enervada -la negrita nos pertenece-. En efecto, como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea estricto sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, sino que también lo puede ser desde una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.⁵

Por su parte a nivel nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha comenzado a tomar cartas en el asunto⁶ y afirmó acerca de la importancia del acceso al agua potable en un juicio donde se detectaron niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población del partido de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires. En el caso se habían planteado dos cuestiones que requerían un pronunciamiento de la Corte. La primera de ellas se refería a la naturaleza colectiva del derecho al agua y el tipo de proceso más eficiente para hacer efectivo ese derecho. La segunda se relacionaba con la protección que en el ordenamiento nacional e internacional se brinda al acceso al agua potable.

Bien vale recordar las palabras de un tribunal inferior cuando ha debido fallar en una causa que se ha constituido en un paradigma de la protección

5 Tribunal Constitucional del Perú en SANTOS ERESMINDA TÁVARA CEFERINO 15/11/2007.

6 Ver causa K.42.XLIX "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo.

ambiental. Al respecto se afirma que el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada... ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos...”⁷ Siguiendo la doctrina del precedente “HALABI” (Fallos: 332:111), se dejó en claro que los jueces de grado habían tramitado el caso como si fuera una acumulación de procesos individuales cuando en realidad se trata de un proceso colectivo.

Ello es así porque se procura la protección de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. Sostuvo la Corte que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más rápidas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales. Destacó que en el caso, indudablemente, está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas que se ve amenazado por el obrar de la empresa Aguas Bonaerenses S.A. que brinda a los vecinos agua con proporciones de arsénico que superan las permitidas por el Código Alimentario Argentino. En consecuencia, la contaminación por arsénico en el agua suministrada en toda la localidad no es un problema de cada uno de los habitantes sino que es un problema comunitario que, para su mejor solución, debe ser tratado en un proceso colectivo.

El Alto Tribunal con invocación del derecho internacional, recordó que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. Agregó que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. Entre otras declaraciones internacionales mencionó a la “Convención sobre los Derechos del Niño” –de jerarquía constitucional- que exige a los Estado Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre (art. 24°, 2.c.). También los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad, para el año 2015, la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y, en 2002, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico y finalmente que las Naciones Unidas, en 2014, han exhortado

⁷ Sala III, Schroder, LL, 1994-E, 449; ver también SABSAY, DANIEL A., y ONAINDIA, JOSÉ M., La Constitución de los argentinos, 3 ° edición, ERREPAR, Buenos Aires, 1997, p. 161 y ss.

a los Estados a que “velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasijudiciales, y otros recursos apropiados”. Por ello, concluyó que en el caso, el proceso colectivo resulta ser el tipo de proceso que mejor garantiza la realización de ese derecho humano.

Después de todo como afirmaba el maestro Bobbio la protección jurídica es un elemento clave de los derechos humanos ya que el problema más importante de los derechos humanos no es tanto su reconocimiento o fundamento sino su protección⁸. Por lo tanto, el reconocimiento del derecho al agua tendrá poca relevancia si su protección jurídica es inexistente o insuficiente. Por eso, la Observación 15 (2002) insistió en la necesidad de disponer de instrumentos para garantizar la aplicación del derecho al agua mencionando mecanismos efectivos de participación pública ante de la Administración y de acceso a la justicia (entre otros, asistencia jurídica, mayor concienciación judicial), acceso a la información o tutela por parte de instituciones no judiciales independientes.

La Comisión Interamericana, por su parte, ha desarrollado estándares en relación a la protección del agua como parte del medio ambiente y la vida de las personas. En primer lugar, en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, se señaló que la calidad del agua en América Latina se encuentra muy relacionada al problema de la contaminación y al papel de las empresas extractivas. Frente a ello, el Estado es responsable de velar para que las actividades industriales no contaminen los ríos que suelen ser la fuente principal de agua⁹. Los Estados también tienen la obligación de mitigar los daños que producen las empresas en las fuentes de agua para garantizar

8 BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, Pág. 61 Brillantemente continuaba en su derrotero afirmando que se necesita estar convencido de que la realización de los derechos del hombre es un fin deseable; pero no basta con esta convicción para que estas condiciones se realicen. Muchas de ellas (y así paso al tercer tema) no dependen de la buena voluntad siquiera de los gobernantes y tanto menos de las buenas razones adoptadas para demostrar la bondad absoluta de estos derechos: sólo la transformación industrial en un país, por ejemplo, hace posible la protección de los derechos conectados a las relaciones de trabajo. Recuérdese que el argumento más fuerte dado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya su misma falta de fundamento, sino su imposibilidad de realización. Cuando se trata de enunciarlos, el acuerdo es obtenido con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto: cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y las oposiciones. El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.

9 CIDH. *La Situación de los Derechos Humanos en Cuba*. Séptimo Informe. OEA/Ser.L/V/II. 61. Doc. 29 rev. 1. 4 de octubre de 1983. párr. 45.

condiciones mínimas de vida en el marco de las concesiones que otorga¹⁰. Además, de ser necesario, la CIDH ha señalado que los Estados deben detener las actividades extractivas que contaminan los ríos y quebradas afectando las condiciones de la vida diaria de las personas al producirles enfermedades y otras afectaciones graves.¹¹

Ahora bien, el derecho a agua de calidad para la protección de la vida digna no solo incluye la acción frente a la contaminación ambiental ya producida, sino que comprende un deber de prevención que debe cumplirse mediante el establecimiento de sistemas de salud preventiva y eficiente que mejore las condiciones de sanidad ambiental, teniendo principalmente en consideración los servicios de agua potable y desagüe.¹²

El fracaso de su recepción expresa en la legislación de fondo. La vía de Interpretación Constitucional y Convencional. Peligros e inquietudes.

El Código Civil y Comercial argentino de reciente sanción ha perdido una oportunidad histórica para convertirse en pionero de la materia, estatuyendo un Derecho Humano tan básico como previsible. Si bien es cierto que en el artículo 1 del referido cuerpo normativo se establece que al aplicarse la ley se tendrá en cuenta la Constitución Argentina y los Tratados Internacionales en los que el país sea parte, el anteproyecto original consagraba un artículo específico dedicado al derecho al agua potable. Originalmente el artículo 241 disponía: Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales. En oportunidad de intervención del Poder Ejecutivo el mismo fue modificado -en el capítulo de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva- incluyéndolo en el artículo 240 en una regulación conjunta con otros derechos.

Así se dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios pre-

10 CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34. 28 de junio de 2007. párrs. 252- 253.

11 CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Óp. cit. párr. 253.

12 CIDH. Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.111. Doc. 21 rev. 6 de abril de 2001. Recomendación 6

vistos en la ley especial, debiendo respetarse los presupuestos mínimos que resulten aplicables.

Sin dudas hubiera sido un avance importante en la materia que un código de fondo consagrara de forma expresa el derecho de acceso al agua potable, si bien el texto sancionado no escapa a ese desafío y lo incluye dentro del englobamiento de los derechos que no deben ser afectados por el ejercicio de las prerrogativas individuales y de incidencia colectiva. De todas formas habiendo ratificado Argentina el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales se puede llegar a inferir en consonancia con el artículo 1 del nuevo texto legal que el derecho al agua no se ha eliminado sino que por vía interpretativa se incorpora al ordenamiento jurídico nacional.

Es que vale recordarlo argentina ratifico el 8 de agosto de 1986 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este tratado internacional aprobado por las Naciones Unidas en 1966 y vigente desde el 3 de enero de 1976 define como partes integrantes e indisociables de los derechos humanos: el derecho a un nivel de vida suficiente (alimentación, alojamiento, vestido), el derecho a la educación, el derecho al trabajo en condiciones justas y saludables, los derechos sindicales y de huelga, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social y finalmente el derecho a participar en la vida cultural y beneficiarse del progreso científico.

En efecto, el PIDESC considera que es fundamental la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que los derechos civiles y políticos, como el derecho a una vida digna, no se pueden conseguir si no se satisfacen las necesidades humanas fundamentales de la población (alimentación, asistencia, vestido, alojamiento, educación...).

El comité El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto por los Estados Partes y entre otras funciones publica su interpretación de las disposiciones del mismo, en forma de observaciones generales. Como se ha referido ab initio la Observación General 15 (OG - 15) establece el derecho humano al agua, interpretando que si bien no fue mencionado en forma explícita en el PIDESC, se encuentra implícitamente contenido en el artículo 11 del Pacto, "Derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia" y en el artículo 12, "Derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental". Dicha Observación establece el contenido normativo del derecho al agua y la obligación de los Estados de ponerlo en vigor sin ningún tipo de

discriminación. Ahora, cual es el riesgo de una interpretación constitucional y convencional tas sesgada y que pudiera llegar a omitir los derechos consagrados vía interpretación de la propia carta magna y los tratados internacionales?

Magnificas resultan las palabras del maestro Sagúes quien realiza un excelente análisis acerca del riesgo de las técnicas manipulativas de la Constitución -como pareciera ser el temor del legislador- clasificándolas, a grandes rasgos, de la siguiente manera:

a) dar a las palabras de la constitución un sentido absurdo o rebuscado. La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene decidido que las palabras de la Constitución deben interpretarse según el sentido común y usual de esos vocablos: *Tennessee v. Whitworth*; *United States v. Sprague*.

b) interpretar aisladamente a un artículo de la constitución, ignorando la concordancia con otros, o magnificar una cláusula de la ley suprema, reduciendo el valor de las restantes. Este defecto, que importa una exégesis “asistemática” o “inorgánica” de la constitución, tiene hoy gran predicamento en materia de conflictos entre derechos, o mejor dicho, al fundamentar la prevalencia máxima de ciertos derechos (que en verdad operan como “contraderechos” o “antiderechos”), sobre los otros derechos.

c) realizar afirmaciones dogmáticas de hecho o de derecho. En este supuesto el intérprete formula una declaración interpretativa que pretende ser infalible, y sin necesidad de demostración expresa.

d) practicar analogías improcedentes. En este supuesto, se aplican a una figura jurídica principios o criterios de otra distinta. A fines de los '90, la Corte Suprema de Justicia, en tren de justificar la anómala aplicación del “ahorro forzoso”, lo legitimó sosteniendo que si el Congreso podía establecer tributos (art. 4º de la constitución) , dicho ahorro forzoso debía entenderse como una especie aquéllos. La analogía es impropia, porque la naturaleza intrínseca del tributo es su no devolución, mientras que el ahorro compulsivo debía ser reintegrado por el Estado

e) mal uso de principios jurídicos **f)** consumir distinciones inexactas.

g) aplicar métodos interpretativos opuestos. En esta alternativa manipuladora, un tribunal puede afirmar en ciertos casos, por ejemplo, que la interpretación literal es la “primera fuente imprescindible”, y que no cabe apartarse de tal

exégesis gramatical invocando conceptos expuestos durante la sanción de la norma, mientras que en otras sentencias arguye que la “mejor interpretación” es aquella que privilegia el “espíritu de la ley”, o sea, “la voluntad del legislador”, y detallar más tarde cómo averiguar esa voluntad

h) practicar arbitrariamente las funciones de “precisión” y de “determinación” de los vocablos constitucionales. En esta variable manipulativa se desnaturalizan conceptos constitucionales que el operador debe evaluar, como conceptos jurídicos indeterminados que son, para su aplicación a casos concretos.

i) inventar excepciones que la Constitución no provee; entre otras.¹³ Esta magnífica exegesis sobre interpretación constitucional nos da la pauta de lo errado que se encuentra parte de la judicatura argentina que adolece de muchos de los vicios interpretativos que justamente el maestro de derecho constitucional observaba en su tiempo; siendo uno de los primarios motivos de repeticiones legislativas para estrechar ese marco de interpretación constitucional tantas veces malogrado, lo que llena de incertidumbre la exegesis que habrá de hacerse máxime cuando pudiera pensarse que al ser quitado expresamente por parte del Poder Ejecutivo se pretendió adrede quitarle fisonomía legislativa, lo que desde ya nos parece un desatino interpretativa.

Después de todo constitucionalizado como lo fue se trata como decía el genial Toulemon cuando se dirigía a los litigantes “...que no vacilen en presentarse ante los Tribunales competentes para que sus derechos sean reconocidos y sancionados. No se trata solamente de su interés personal, está de por medio una cuestión de Justicia; lo que está en juego es el fundamento mismo de nuestras instituciones...”¹⁴ Sin duda una consagración expresa beneficiaria tanto camino hermenéutico que, vale la pena decirlo, no toda la magistratura está dispuesta a recorrer; lo que pone en serio riesgo los derechos de los justiciables.¹⁵

13 Para ver el trabajo completo Ver REFLEXIONES SOBRE LA MANIPULACIÓN CONSTITUCIONAL Comunicación del académico correspondiente Dr. Néstor Pedro Sagüés, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 12 de mayo de 2000.

14 Toulemon André, El menosprecio de los contratos y la crisis, Ed. Sudamericana, Bs As, 1945, página 293

15 Sin desconocer que el derecho humano al agua ha sido reconocido en numerosos fallos dictados por tribunales como Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c Ciudad de Buenos Aires (18/7/2007) CACaYT CABA Sala I; Defensoría de menores Numero 3 c PEN (colonia Valentina Norte Rural del 2/3/99) fallado por el TSJ Neuquén y Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo del 19/5/97 CACiv, Neuquén, Sala II; Urriza María Teresa c/ ABSA s/ amparo del 21/3/05 del juzgado CA 1 de La Plata.



LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN: SU FUNCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN.

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria 



Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Posdoctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Investigadora SNI.

Profesora de Carrera Asociado "C".

Tiempo Completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN: SU FUNCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN.

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria¹.

I. Nota introductoria. II. Medidas preventivas en materia anticorrupción de carácter administrativo, penal y fiscal contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción. III. La jurisdiccionalidad extraterritorial que prevé la Convención Interamericana contra la Corrupción. IV. Actos de corrupción que prevé que la Convención Interamericana en contra de la Corrupción. V. El delito de enriquecimiento ilícito como punto central de combate a la corrupción en la Convención Interamericana contra la Corrupción. VI. La extradición como elemento básico de la aplicación extraterritorial de la norma jurídica transnacional con base en el constructo ideológico de “corrupción” que prevé la Convención Interamericana contra la Corrupción. VII. La importancia del procedimiento administrativo de responsabilidad para la obtención de la prueba lícita en materia penal con respecto a los ilícitos cometidos por hechos de corrupción. VIII. La jurisdicción extraterritorial en materia penal con respecto a los delitos cometidos por hechos de corrupción contenidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción con el fin de decomisar capitales ilícitos. IX. Eliminación del Secreto Bancario como principio del Open Government que prevé la Convención Interamericana. X. Conclusión. XI. Bibliografía.

I. Nota introductoria.

Por lo general los discursos anticorrupción en América Latina van direccionados a culpabilizar a los ciudadanos de estos países, quienes en su mayoría se encuentran en vías de desarrollo. A partir de lo anterior, a nivel continente y mundial se crean documentos jurídicos internacionales en materia de combate a la corrupción que vinculan a los países latinoamericanos a adoptar determinados principios jurídicos en sus normas locales.

Lo anterior no implica que la finalidad de las Convenciones en materia de corrupción sea precisamente el combate a la misma; en ese orden de ideas, y del análisis de diversos ordenamientos internacionales tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción se desprende que se busca la creación de políticas a través del derecho para prevenir, detectar y sancionar actos de

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Posdoctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Investigadora SNI, Profesora de Carrera Asociado “C”, Tiempo Completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

corrupción; pero la direccionalidad más importante de los ordenamientos internacionales radica en el control de capitales que se pudieran desviar, así como de la recuperación de los mismos. En ese orden de ideas los conceptos jurídicos fundamentales con respecto al combate a la corrupción en la Convención Interamericana contra la Corrupción, además de la participación ciudadana y del Open Government, se dividen en materia administrativa y penal; de los cuales sobresalen los siguientes:

En materia administrativa:

1. Ejercicio de la función pública.
2. Evitar conflicto de intereses.
3. Sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos por parte de los Servidores Públicos.
4. Publicación de las declaraciones patrimoniales, fiscales y de conflicto de interés a cargo de los Servidores Públicos.
5. Sistema de contratación con el Estado.
6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado.
7. Órganos Internos de Control que investiguen, substancien y sancionen a causa de faltas administrativas.
8. Fiscalización al interior de los particulares físicos y morales con el fin de evitar actos de corrupción cuando se realice una contratación pública.

En materia penal:

1. Delitos cometidos por hechos de corrupción.
2. Delito de enriquecimiento ilícito.
3. Denuncia anónima.
4. Testigos protegidos.
5. Retroactividad de la norma penal.
6. Extradición fácil y viable.
7. Extraterritorialidad de la norma jurídico-penal.

En general, este tipo de convenciones prevé una sola conducta para que la misma sea sancionada en materia penal, administrativa y fiscal; de esta forma el capital proveniente de un hecho de corrupción tienen el carácter de ilícito, por lo que, por un lado se prevé que se le finquen responsabilidades administrativas a los Servidores Públicos a causa de faltas administrativas graves y/o no graves; en el caso del particular se le sancionará administrativamente a causa de las falta administrativas graves; y a ambos se le puede sancionar económicamente desde la perspectiva administrativa, sin embargo, la ejecu-

ción de la misma se realiza a través del procedimiento fiscal correspondiente. Es así como la última ratio desde la perspectiva jurídica contenida en la Convención Interamericana contra la Corrupción es precisamente el derecho penal, el cual de su etapa garantista llega hasta la aplicación del Derecho Penal del Enemigo a través del delito conocido como Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Lavado de Dinero y blanqueo de capitales.

Verdaderamente considero que el problema básico de las normas anticorrupción desde la perspectiva transnacional radican principalmente cuando éstas se convierten en herramientas de control económico y saqueo de los países o corporaciones más poderosos económicamente hacia los más débiles y cuyo Estado rector está reducido por el actual Neoliberalismo mediante el constructo ideológico de “corrupción”.

II. Medidas preventivas en materia anticorrupción de carácter administrativo, penal y fiscal contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Definitivamente el combate a la corrupción no se trata únicamente de un discurso jurídico y de la creación de normas jurídicas nacionales ni internacionales. Bajo este rubro, cabe señalar que la capacitación de los órganos de las administraciones públicas al interior de los Estados responsables de la investigación, substanciación y resolución en materia administrativa es de suma importancia.

En ese sentido consideramos que existirá una mínima eficacia en el caso en que la administración pública se fiscalice a sí misma; es decir, desde los propios Órganos Internos de Control de los entes administrativos se iniciará la investigación, la substanciación y la resolución a través de todas las garantías de respeto de los derechos humanos hacia los Servidores Públicos. Bajo ese tenor, en materia administrativa se deberá obtener la prueba lícita, es decir, bajo todas las prescripciones legales que prevé el debido proceso en todas y cada una de las legislaciones locales de los Estados en materia de anticorrupción. Lo anterior significa un grado de responsabilidad enorme en materia de capacitación hacia la administración ética, primero con respecto a la ética y segundo al procedimiento administrativo, pues en caso contrario, será sumamente difícil fincar una responsabilidad administrativa, y mucho menos, una responsabilidad penal hacia a los Servidores Públicos corruptos. Por lo tanto, las medidas preventivas son de suma importancia para la lucha contra la corrupción, sobre todo en los puntos referentes a la prevención, identificación y sanción de los Servidores Públicos corruptos.

Bajo ese sentido, el artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción nos indica:

Artículo III.

Medidas preventivas A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.

7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.

8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con

exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Del análisis de la Convención se desprende que en los puntos 4, 5 y 6 de este artículo se retoma como elemento fundamental a la Transparencia, es decir, una especie de lo que actualmente los norteamericanos le llaman Open Government, es decir, que la actividad gubernamental, o más concretamente, la Administración Pública debe estar abierta, tanto a los ciudadanos como a otros entes internacionales; en este último sentido podemos indicar que los países latinoamericanos que han ratificado esta Convención pueden ser fiscalizados en materia de corrupción a través de la Transparencia y el Open Government por la Organización de los Estados Americanos.

En el punto ocho del artículo de la Convención en análisis se desprende la jerarquía de la denuncia anónima con respecto a delitos cometidos por hechos de corrupción; sin embargo, la Convención no indica los procedimientos básicos para que las mismas sean aceptadas por las instituciones de la administración pública; en ese sentido, este punto puede carecer de funcionalidad al interior de los Estados, pues la misma convención permite que las normas jurídicas locales anticorrupción reglamente en ese sentido; cabe mencionar que en México el artículo 110 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación le da la facultad a la Auditoría Superior de la Federación de aceptar o no las denuncias, e incluso de darle trámite o no si lo considera necesario, independientemente que dicho órgano de la administración pública no cuenta con capacitación y facultades de investigación en materia penal con respecto a delitos cometidos por hechos de corrupción, pues ello le correspondería a la Fiscalía Especializada Anticorrupción, la cual está limitada en cuanto a este tipo de funciones, pues dado el actual sistema penal acusatorio adversarial y la reforma constitucional que tuvimos en materia de Derechos Humanos en el año 2011, es fundamental la obtención de la prueba lícita con base al debido proceso, los protocolos de investigación aceptados legalmente y la observancia de los Derechos Humanos; por tanto, la obtención de la prueba lícita en materia penal depende de la obtención de la misma en materia administrativa, pues la norma jurídica mexicana faculta a los mismos órganos de la Administración Pública

a fiscalizar a sus propios empleados, es decir, a los Servidores Públicos que laboren para las dependencias.

Sin embargo, la Convención prevé la figura del testigo protegido en materia de delitos cometidos por hechos de corrupción, cabe señalar que en México no existe un mecanismo de medida cautelar en donde se pueda aplicar la prisión preventiva oficiosa en cuanto a estos delitos; es decir, independientemente de que exista una conducta delictiva de corruptela que ascienda a cantidades exorbitantes el servidor público puede presentar una fianza y no pisar la prisión.

En cuanto al punto 9 la Convención obliga a los Estados firmantes a la creación de autoridades superiores de fiscalización; sin embargo aquí podemos insertar una crítica más, ya que no prescribe que deben ser autónomas de la propia Administración Pública; por ejemplo en México tenemos como autoridades básicas en ese sentido a la Auditoría Superior de la Federación y al Órgano Interno de Control de las entidades de la misma administración; es decir, la primera pertenece al Congreso de la Unión (el cual está políticamente dirigido y en el que se cometen más actos de corruptela, es decir, la Auditoría Superior de la Federación tiene que entregar informes al ente de mayor corruptela en México) y el segundo pertenece a las entidades de la administración pública, es decir, se fiscalizan a sí mismos; lo anterior es sumamente desalentador, pues las buenas intenciones que prevé la Convención desde la perspectiva administrativa se ha materializado en norma jurídicas de protección hacia los mismos corruptos, además de que las víctimas por temas de corrupción se acuerdo a la Constitución General de la República en México ni siquiera son los ciudadanos, ya que en su artículo 109, fracción IV, párrafo quinto prevé como víctimas a estas instituciones, las cuales pueden realizar todo tipo de mecanismos jurídicos, desde la perspectiva penal y administrativa para la exigencia de la reparación del daño.

Con respecto al punto 10 de la Convención en análisis, ésta plantea la posibilidad de existan mecanismos de rendición de cuentas, tanto para los servidores públicos como para los particulares que contraten con la administración pública, lo anterior con el fin de evitar actos de corrupción mediante los cuales se les pueda dar un seguimiento a través de dispositivos que permitan transparencia. En México dichos mecanismos van direccionados hacia 3 ejes de control a saber: 1. La materia administrativa, 2. La materia fiscal y 3. La materia penal; es decir, contamos con la llamada declaración patrimonial, la cual en caso de que no sea acorde al informe presentado por el servidor público puede constituir una falta administrativa de carácter grave o un delito cometido por hechos de corrupción; la declaración de conflicto de intereses, en la cual el Servidor Público debe indicar si existe algún tipo de parentesco o

amistad con alguna persona hacia la cual tenga que prestar un servicio público o cumplimentar una contratación pública; y la última es la declaración fiscal, en la cual el servidor público debe declarar fiscalmente, y en caso de no hacerlo correctamente se le puede iniciar un procedimiento administrativo que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para fincarle créditos los fiscales correspondientes, además de denunciarlo por defraudación fiscal ante la Unidad de Investigación Financiera.

Con respecto al punto 11 la Convención es clara al solicitar a los Estados firmantes que incluyan la participación ciudadana con respecto a la lucha anticorrupción; sin embargo, también es punto de una crítica férrea, pues no indica ni da la pauta para que existan las condiciones necesarias en ese sentido. La participación ciudadana ética en términos de la teoría de la acción comunicativa del alemán Jurgén Habermas requiere un completo entendimiento sobre la norma jurídica, así como los aditamentos necesarios para éste, es decir, en países como los que conforman a América Latina, en los cuales se vive pobreza extrema y falta de oportunidades en cuanto a empleos, educación y servicios sociales, los ciudadanos están más preocupados por su supervivencia alimentaria que por participar en decisiones sobre temas anticorrupción; además, para que existiera una participación ciudadana efectiva es imprescindible la capacitación ciudadana en temas de anticorrupción, así como otorgarles facultades de fiscalización sobre los entes de la administración pública a todos los niveles. En México la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción prevé normas relativa a la creación de un Consejo Ciudadano Anticorrupción; no obstante de nuestra experiencia nacional se desprende que los mismos son elegidos a modo desde una perspectiva política y no se les otorga facultades de fiscalización en contra de los actos cometidos por hechos de corrupción en la Administración Pública.

III. La jurisdiccional extraterritorial que prevé la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La Convención prevé la institucionalidad de los delitos contenidos en ella en las jurisdicciones locales de los Estados que pertenezcan a la OEA y de acuerdo a los lineamientos que prevé. También obliga a los países firmantes a aplicar la norma jurídica de otros en caso de que se hayan cometido delitos por hechos de corrupción y dentro de su normatividad no se prevean. El peligro aquí consiste en que las normas penales anticorrupción pueden ser aplicadas con mayor intensidad en algunos países que en otros, al grado de aplicar el derecho penal del enemigo y el encarcelamiento en un Estado distinto al del infractor.

En ese sentido el artículo V, puntos 1, 2 y 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción indica:

Artículo V

Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Como se puede observar del texto de la Convención, ésta también dicta las pautas para la extradición del imputado por un delito cometido por hechos de corrupción, e incluso, cuando se llegase a negar la misma, se puede aplicar una legislación externa cuando el Estado requerido no cuente con normas anticorrupción en materia penal, siempre y cuando los ilícitos penales se encuentren previstos en la multicitada Convención.

IV. Actos de corrupción que prevé que la Convención Interamericana en contra de la Corrupción.

La Convención prevé determinados actos de corrupción sobre los cuales la misma será aplicable y los Estados Firmantes deben direccionar sus ordenamientos jurídicos locales, o por lo menos, contener sus principios.

En este sentido el artículo VI, puntos 1, a, b, c, d, y e, 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción relativo a los actos de corrupción nos indica:

Artículo VI

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Del punto 1, incisos a y b se desprende que una de las conductas delictivas en materia de corrupción de más impacto social, aunque no precisamente económico es el cohecho, es decir, el ofrecimiento de un particular o aceptación por parte del servidor público de cualquier dádiva. Sin embargo en legislaciones como la mexicana el cohecho no es un delito de alto impacto o que pudiera pertenecer al derecho penal de excepción, sino más bien es considerado como un delito de bagatela cuya medida cautelar es la económica, por lo tanto los corruptos podrían no pisar prisión.

Con respecto a los incisos c y d del punto 1 del artículo en análisis, se desprende como conducta considerada como grave el aumento del patrimonio del servidor público o la intervención de éste para enriquecer a otro con base en funciones públicas.

También la Convención prescribe que la norma penal debe aplicarseles a todos aquellos que participaron como instigador, autor, coautor, cómplice y hasta en la tentativa; pautas éstas que deben materializarse en normas jurídicas locales.

En cuanto al inciso d del punto 1 del artículo que nos encontramos analizando, se observa una característica muy peculiar con respecto al resultado económico de la comisión de los delitos cometidos por hechos de corrupción; pues la Convención es especialmente clara en el sentido de criminalizar, no precisamente el delito cometido por corruptela, sino más bien da la pauta para

el salto del derecho penal garantista hacia el derecho penal del enemigo a través de uno de los delitos más criminalizados en el mundo: el lavado de dinero o blanqueo de capitales. En la legislación mexicana este delito lo encontramos en el Código Penal Federal, precisamente en el artículo 400 bis con el nombre de Operaciones con recursos de procedencia ilícita, y su tipificación consiste precisamente en la criminalización de todo capital que sea resultado de cualquier actividad lícita, además dicho delito contiene todos los elementos del Derecho Penal del Enemigo fundamentado por el Profesor Jakobs:

1. El adelantamiento del marco de la punibilidad.
2. Penas extremadamente altas.
3. Determinando derechos humanos son relativizados e incluso suprimidos.
4. Existe la reversión de la carga de la prueba.
5. No se necesita la materialización de la conducta.
6. Basta un indicio para que se le pueda privar de la libertad al sujeto imputado.
7. Al imputado se le priva de la libertad en una prisión de máxima seguridad.
8. La prescripción de los delitos se aumentan considerablemente.

Incluso para Jakobs los enemigos no cuentan con derechos humanos en virtud de que se convierten en peligrosos sociales:

La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, por lo tanto, como ya sabe suponer en este punto, necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos. Ahora bien, si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas.²

Es decir, a través del resultado económico de un delito cometido por hechos de corrupción se puede criminalizar al Servidor Público o particular desde la perspectiva del derecho penal del enemigo mediante la imputación del delito de blanqueo de capitales. E incluso dicho ilícito penal puede alcanzar a los colaboradores y familiares del Funcionario, criminalizándolos en caso de que los mismos hayan tenido cualquier forma de participación en éste o exista algún indicio de su probable responsabilidad. De hecho dicho ilícito trae como consecuencia, según el inciso que estamos analizando, que los bienes resultado de un delito cometido por hechos de corrupción que son aprovechados u ocultados se puedan extinguir en dominio, aún y cuando no estén a nombre del Funcionario corrupto, sino que bastará con que se conduzca como dueño a efecto de iniciar dicho trámite.

² Jakobs, Gunter *et. al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, p. 11.

Aparente las normas anticorrupción prevén la sanción del Servidor Público y Particulares que contraten con la Administración Pública de un Estado a través de la vía administrativa antes de llegar a la vía penal y fiscal; sin embargo es prudente señalar que una conducta de corrupción cometida en el ámbito administrativo puede alcanzar otras esferas jurídicas, incluida la del Derecho Penal del Enemigo.

También la Convención en el punto 2 del Artículo en análisis, prevé la permisión de aplicar extraterritorialmente una norma anticorrupción en un Estado Firmante que no se encuentre prevista en su legislación nacional, siempre y cuando ambos Estados esté de acuerdo en su aplicación. Esta cuestión permite la irrupción jurídica extraterritorial en la soberanía de los Estados; además recordemos que económicamente no existe igualdad entre determinados países, sobre todo en los de América Latina con los desarrollados; en ese sentido esta norma jurídica permite la injerencia de diversos Estados sobre otros. Immanuel Wallerstein nos dice en este sentido:

Si examinamos los argumentos incrustados en las diversas doctrinas emitidas, a la postre siempre buscaban demostrar la superioridad inherente de los poderosos. Y de esa superioridad inherente estas doctrinas derivaban no solamente la capacidad de dominar sino la justificación moral de su dominación. Ganarse la aceptación del derecho moral a dominar ha constituido el elemento clave para alcanzar la legitimación del poder. Y para hacer tal cosa tenía que demostrarse que el efecto a largo plazo de la dominación era en beneficio de los dominados, aun cuando en el corto plazo parecía negativo.

Naturalmente, resultaba un poco difícil sostener esto cuando el poder brutal era el modo de dominación, situación que caracterizó a la conquista española de América en el siglo XVI. El derecho de injerencia es una doctrina cuyo propósito es justificar el uso brutal del poder.³

Es decir, a través de ordenamientos legales internacionales y constructos ideológicos como el de corrupción se puede interferir en las decisiones económicas, jurídicas y sociales de un país económicamente débil como lo son la mayoría de los que conforman América Latina.

V. El delito de enriquecimiento ilícito como punto central de combate a la corrupción en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Sin duda, uno de los delitos cometidos por hechos de corrupción más significativos en el combate a la corrupción es el de Enriquecimiento ilícito,

3 Wallerstein, Immanuel, El Universalismo Europeo, México, Siglo XXI Editores, 2010, p. 29.

y ello puede deberse precisamente a que con la conducta que determina su tipificación se pueden observar varias aristas:

1. La primera consiste en que con una sola conducta se puede sancionar al Servidor Público desde la perspectiva administrativa, penal y fiscal.

2. La segunda en el sentido de que con el resultado económico de la comisión de dicho ilícito penal permite la criminalización del Funcionario a través del Derecho Penal del enemigo.

3. La tercera que prevé la reversión de la carga de la prueba hacia el Servidor Público, en el sentido de que es éste el que tiene que demostrar la licitud del capital que se presume tenga en exceso.

En ese orden de ideas, la Convención Interamericana en contra de la Corrupción nos indica al respecto en el artículo IX:

Artículo IX

Enriquecimiento ilícito.

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

De hecho, la misma Convención obliga a los Estados Parte a aplicar los principios señalados anteriormente con respecto al delito de enriquecimiento ilícito analizados previamente, pues al considerarlo uno de los ilícitos de corrupción más importantes, y mediante la funcionalidad de las consecuencias jurídicas que su imputabilidad permite, no importa que no se encuentre tipificado en las legislaciones locales, sino que basta que los Estados hayan ratificado la Convención en análisis para que deban brindar la cooperación que se considere necesaria.

VI. La extradicción como elemento básico de la aplicación extraterritorial de la norma jurídica transnacional con base en el constructo ideológico de “corrupción” que prevé la Convención Interamericana contra la Corrupción.

De la Convención en análisis se desprende que la corrupción sobre todo es criminalizada a nivel internacional desde la perspectiva penal. Por ende, la

lucha anticorrupción prevé la transnacionalización de la norma, no únicamente con respecto a la homogeneidad de los delitos cometidos por hechos de corrupción que deben tener las legislaciones locales, sino también desde la base de su imputación y procesamiento.

Lo anterior indica que aún y cuando un funcionario público haya cometido un acto de corrupción en un territorio que no sea el lugar donde el mismo realiza sus funciones, alguno de los países firmantes puede solicitar su extradición si considera que la conducta cometida por un hecho de corrupción le depara perjuicio en su Seguridad Nacional.

De hecho no es imprescindible que deba existir un tratado de extradición entre los países firmantes, ya que la misma Convención se erige como tal.

Es así como el artículo XIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción nos indica al respecto:

Artículo XIII

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

VII. La importancia del procedimiento administrativo de responsabilidad para la obtención de la prueba lícita en materia penal con respecto a los ilícitos cometidos por hechos de corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción indica cuáles son las pautas con respecto al carácter de las autoridades que deben llevar a cabo los tramites de la investigación y juzgamiento de los actos de corrupción.

Cabe señalar que la complejidad de la imputación penal o sanciones con base en responsabilidades administrativas dependen de las facultades otorgadas a las autoridades resolutoras.

En ese orden de ideas la Convención también ordena que se otorgue la mutua asistencia entre Estados firmantes, lo cual traería como consecuencia que una autoridad administrativa de un gobierno distinto pudiera interferir en la investigación realizada por la autoridad local; sin embargo, en términos del documento internacional analizado ello no significaría ningún tipo de atentado en contra de su soberanía.

Por ejemplo, en México la Fiscalía Especializada Anticorrupción dependerá de la correcta investigación de ilícitos materia de corrupción que realicen los Órganos Internos de Control de las dependencias, las unidades administrativas de investigación de las Secretarías de Estado y las Autoridades Fiscalizadoras de los Estados, pues la primera no tiene facultades de fiscalización. Ello significa que en caso de que la prueba en materia administrativa no se haya obtenido lícitamente, la prueba en materia penal correría la misma suerte, en virtud de que la investigación del Fiscal Anticorrupción tiene como base la fiscalización desde la perspectiva de un procedimiento especial administrativo, como lo es el Procedimiento Administrativo de Responsabilidad.

En ese sentido el Artículo XIV, puntos 1 y 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción señala:

Artículo XIV

Asistencia y cooperación

1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrup-

ción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

VIII. La jurisdicción extraterritorial en materia penal con respecto a los delitos cometidos por hechos de corrupción contenidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción con el fin de decomisar capitales ilícitos.

De diversas Convenciones analizadas a lo largo de mi investigación, me he percatado que en ellas se encuentran mecanismos de decomiso extraterritorial sobre los capitales producto de diversos delitos; en este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción no es la excepción.

El punto básico de lo anterior radica precisamente en que los Estados firmantes se pueden convertir jurídicamente en un Estado Requirente sobre el capital producto de un delito cometido por un hecho de corruptela hacia el Estado Requerido, independientemente de que si el delito se haya cometido en su jurisdicción o no, pues basta con que el primero considere que puede estar en peligro su seguridad nacional para solicitar la extradición del servidor público o particular, así como el decomiso del capital producto del delito.

En este sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo XV, relativo a las medidas sobre bienes nos indica:

Artículo XV

Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de

acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

En el punto 1 del artículo XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción se sugiere a los Estados firmantes a que dentro de sus leyes locales instituyan mecanismos institucionales de decomiso de bienes producto de delitos cometidos por hechos de corrupción. En la reforma Constitucional en materia de corrupción de fecha 27 de mayo del 2015 en México, se inserta al artículo 22, segundo párrafo, última parte el delito de enriquecimiento ilícito a la llamada extinción de dominio; siendo ésta última un procedimiento sumario para el decomiso de bienes sin importar que al imputado por un dicho delito se le haya declarado culpable o no penalmente.

Con respecto al punto 2 del citado artículo, la Convención prevé que el capital producto de un delito cometido por hechos de corrupción pueda transferirse total o parcialmente a otro país aún cuando en su jurisdicción no se haya cometido el ilícito penal, pues basta con que haya sido requerido por otro que le haya prestado asistencia en la identificación, rastreo o inmovilización de cuentas bancarias en virtud de ser el imputado un connacional suyo o que tenga residencia habitual en su territorio.

Esto me parece grave, pues el ejercicio del poder político puede traer abusos por parte de los Estados para “saquear legalmente” y con base en constructos ideológicos de “corrupción” a países en vías de desarrollo como los de América Latina.

IX. Eliminación del Secreto Bancario como principio del Open Government que prevé la Convención Interamericana.

Como se desprende del presente análisis la lucha anticorrupción procesalmente hablando tiene su génesis en la fiscalización administrativa que determinados órganos estatales realizan hacia los Servidores Público y a los particulares que realicen contrataciones con el Estado, lo que se conoce en la mayoría de los países como Procedimiento Administrativo de Responsabilidad.

Como consecuencia de las investigaciones que se deriven de dicho procedimiento especial en materia administrativa se podrán derivar hechos que pueden ser constitutivos de delito, lo cual se llevará a cabo mediante los procesos penales correspondientes, en el caso de México y de la mayoría de los países de América Latina a través de los juicios orales en materia penal; sin embargo, lo que la Convención pretende controlar es el flujo de capitales ilícitos como resultado de actividades realizadas por hechos de corrupción, en ese sentido

este instrumento legal internacional ordena que en caso de la existencia de capitales producto de dichos actos se deberá eliminar el Secreto Bancario. Esto es así en virtud de que el resultado económico de la corruptela suele ser considerada como capitales de gran relevancia, los cuales se blanquean y regresan a los mismos países en forma de préstamos del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial; lo que implica que no busca dicha Convención la eliminación de la Corrupción en pro de la protección de los sujetos sociales para mejorar sus condiciones de vida, sino más bien de controlar los capitales producto de la corrupción y evitar la competencia económica a través de instrumentos de ejercicio de poder como lo es el instrumento analizado.

En ese sentido el artículo XVI, punto 1 y 2 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción señala al respecto:

Artículo XVI

Secreto bancario

1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

La única condicionante que prevé el artículo en análisis es que la información no se puede utilizar para otros fines distintos, a menos que el Estado lo permita; sin embargo los países de América Latina están expuestos a la investigación de sus finanzas internas en caso de que se considere por algún país firmante u organismo que pudiera existir la posibilidad de un hecho de corrupción; incluso pudiera ser investigadas la finanzas de cualquier país por alguna autoridad administrativa extranjera.

Entonces dicha convención se transforma en un instrumento de poder, como un mecanismo de guerra jurídica, de los Estados más poderosos económicamente sobre los que no lo son, Foucault nos dice en ese sentido:

Nos encontramos en una frontera difusa entre el derecho y la guerra, en la medida en que el derecho es una manera de continuar la guerra. Por ejemplo, alguien que dispone de fuerza armada ocupa unas tierras, un bosque, una propiedad cualquiera y en ese momento hace prevalecer su derecho. Se inicia entonces un largo pleito al final del cual aquél que no

posee fuerza armada y quiere recuperar sus tierras sólo obtiene la partida del invasor mediante un pago. Este acuerdo ésta en el límite entre lo judicial y lo bélico y es una de las formas más frecuentes del enriquecimiento. La circulación, el intercambio de bienes, las quiebras y los enriquecimientos se hicieron, en su mayoría, según este mecanismo⁴.

X. Conclusión.

1. La investigación administrativa a través de procedimientos de responsabilidad.
2. Derivada de la investigación administrativa la sanción penal de los servidores públicos y hasta particulares.
3. El delito de enriquecimiento ilícito como puente de criminalización para el servidor público desde el derecho penal garantista hasta el derecho penal del enemigo.
4. El decomiso de los bienes producto del hecho de corruptela, aun cuando dichos bienes pertenezcan a países a los cuales les soliciten el decomiso.

El decomiso de los bienes producto del hecho de corruptela, aun cuando dichos bienes pertenezcan a países a los cuales les soliciten el decomiso.

Cabe señalar que en ninguna parte de la Convención existe una norma jurídica internacional que indique que las víctimas por motivo de un acto de corruptela es la sociedad, mediante esta aseveración me atrevo a indicar que la lucha anticorrupción dista mucha de mejorar las condiciones sociales, sino más bien es un instrumento internacional de control que procura la funcionalidad del Open Government a efecto de que haya injerencia en el desarrollo de los gobiernos latinoamericanos por parte de instituciones internacionales de control económico como el Fondo Monetario Internacional y el Banco mundial, a efecto de que estas instituciones tengan controlada la competencia económica a través de la fiscalización administrativa y en caso de haberla se criminalice a través de delitos cometidos por hechos de corrupción y hasta la última ratio: El Derecho Penal del Enemigo, es decir, a través de delitos como el de blanqueo de capitales, eliminar al sujeto o sujetos corruptos hasta ingresar sus actos en delincuencia organizada.

Sin embargo, norteamericanos neoliberales como Jeffrey Sachs indican que el fin de la pobreza se debe a la lucha de los sujetos latinoamericanos por sí mismos:

En segundo lugar, el objetivo es acabar con la pobreza extrema, no con toda la pobreza; y menos aún igualar las rentas mundiales o reducir la distan-

⁴ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1978, p. 64.

cia entre ricos y pobres. Esto podría acabar sucediendo en última instancia, pero para ello los pobres tendrán que enriquecerse gracias a su propio esfuerzo. Los ricos pueden ayudar muchísimo ofreciéndoles a los pobres extremos alguna ayuda para que a su vez éstos puedan a su vez salir por ellos mismos de la trampa de la pobreza en que están atrapados hoy día.⁵

Por tanto, aseveraciones como la del norteamericano Jeffrey Sachs parecen distar mucho de la realidad en la que actualmente vivimos los latinoamericanos, toda vez que estructuras jurídicas internacionales como la convención que se ha analizado en donde no se cuentan con las estructuras necesarias para la autoconstrucción.

XI. Bibliografía.

Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1978.

Jakobs, Gunter *et. al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.

Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Barcelona, Debate, 2008.

Wallerstein, Immanuel, *El Universalismo Europeo*, México, Siglo XXI Editores, 2010.

5 Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Barcelona, Debate, 2008, p. 404.

LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ANÁLISIS TEÓRICO

Dra. María Fernanda Sánchez Díaz

Es Licenciada en Derecho, Maestra en Derecho y Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, tiene un Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá, España.

Ha participado en diversos Congresos, Seminarios y Foros como conferencista, así como también ha participado como articulista.

Se encuentra certificada en Victimología por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y en Atención en Salud Mental para eventos de alto impacto por la Asociación Mexicana para Ayuda Mental en Crisis, Centro Internacional de Psicotraumatología.

Durante su labor en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ocupó los cargos de Jefa de Departamento del Programa de Atención a Víctimas del Delito de la Primera Visitaduría General, Directora de Observancia de la Política Nacional en materia de Igualdad entre Mujeres y Hombres, adscrita a la Cuarta Visitaduría General.



Resumen

El presente artículo tiene como objeto conocer la postura de tres grandes teóricos en materia de derechos humanos, como lo son Ronald Dworkin, Robert Alexy y Ricardo Guastinni. Estos autores, desde sus estudios han logrado dar a conocer una concepción más amplia de lo que significan los derechos humanos y la importancia de su protección jurídica, no solamente en materia formal, sino también en la sustantiva, es decir, que los textos normativos donde se encuentren positivizados no sean letra muerta y que además, mediante su análisis se pondere el principio pro persona que implica brindar la protección más amplia a las personas, lo que se consigue a través de la ponderación de derechos.

Introducción

El tema de los derechos humanos, aún cuando es muy antiguo, gran parte de la población no tiene el conocimiento sobre puntos como: ¿qué son?, su finalidad, y sobre todo, ¿cómo hacerlos valer? Sin embargo, este desconocimiento no solamente es por parte de la sociedad civil, sino que se extiende hasta los servidores públicos en todos los niveles, por lo que en ocasiones puede ser que no estén conscientes de que su actuación pueda ser violatoria de derechos humanos, siendo la educación en la materia y la generación de conciencia, fundamentales para disminuir este tipo de situaciones, las cuales son cada vez más frecuentes y poco atendidas por parte de las autoridades.

No obstante lo anterior, existen autoridades que sí cuentan con el conocimiento sobre lo que son los derechos humanos, pero también, saben que gran parte de la población los desconoce, y se valen de ello para generar daño mediante actuaciones arbitrarias y el uso excesivo de las facultades que les otorga la ley, quedando en muchos de los casos impunes, generando así una sociedad más vulnerable y una democracia constitucional prácticamente inexistente.

1. Ronald Dworkin y la Teoría de los Derechos Humanos

En la obra de Dworkin sobre los “Derechos en Serio”, él se hace la pregunta sobre si el Gobierno de Estados Unidos “¿respeto los derechos morales y políticos de los ciudadanos, o bien si la política exterior del Gobierno, o su política racial vulneran abiertamente tales derechos?”¹ la respuesta a esta pregunta la tenemos con las acciones emprendidas por la Ley SB-1070 de Arizona demuestra que no es así, acrecentando los llamados “grupos vulnerables”, como son en este caso las personas con rasgos latinos.

1 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, editorial Ariel, 2002, p. 276.

Siendo que el reconocimiento y respeto de los derechos humanos es característico de aquellos Estados democráticos. Un análisis sobre la situación actual demostraría que dichas democracias se han debilitado, esto desde la perspectiva de la democracia constitucional, como lo reflejan las políticas implementadas por algunos Estados en contra de la sociedad.

Un ejemplo al respecto lo encontramos con la crisis económica que ha atravesado Grecia desde el año 2011, y que países como Francia y Alemania la han presionado para implementar políticas económicas que han colocado a los ciudadanos griegos sin la posibilidad de gozar de sus derechos sociales.²

En este contexto, y en cuanto al tema que nos compete, debemos aterrizar esta pregunta a la situación particular que atraviesa México en cuanto al respeto de los derechos de los ciudadanos.

Derivado de lo anterior, Dworkin realiza una discusión sobre “qué derechos tienen los ciudadanos”.³

El derecho reconocido a la libertad de expresión, por ejemplo, ¿incluye el derecho a participar en manifestaciones de protesta? En la práctica, el Gobierno tendrá la última palabra en el problema de cuáles son los derechos del individuo, porque la policía del Gobierno hará lo que digan sus funcionarios y sus tribunales. Pero eso no significa que la opinión del Gobierno sea necesariamente la correcta; cualquiera que piense así debe creer que los hombres y las mujeres no tienen más derechos morales que los que el Gobierno decida concederles, lo que significa que no tienen derecho moral alguno.⁴

En la realidad mexicana, lo anterior es una situación constante en los estados de la república, particularmente en la Ciudad de México por ser éste la sede de los Poderes Federales.

Al respecto podemos observar que las manifestaciones realizadas por un determinado grupo de personas en ocasiones son toleradas por las autoridades y en otros casos –los mínimos– se utiliza la fuerza pública para terminar con ella.⁵ En este sentido y retomando la teoría de la ponderación

2 La grave crisis financiera que vive Grecia ha provocado una situación dramática en el sistema de salud del país: desde hace días, los grandes comerciantes de medicamentos y material médico ya sólo suministran a los principales hospitales a cambio de un pago inmediato y directo. *Crisis financiera en Grecia llega al sistema de salud*, Periódico El Universal, México, 3 de junio de 2012, <http://www.eluniversal.com/internacional/crisis-en-la-eu-rozona/120603/crisis-financiera-en-grecia-llega-al-sistema-de-salud>

3 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, editorial Ariel, 2002, p. 277.

4 Ídem.

5 Cfr., *Repliegan a ex trabajadores de Mexicana; reportan golpeados y detenidos*, México, Animal Político, 9 de noviembre de 2011, <http://www.animalpolitico.com/2011/11/reportan-que-granaderos-replegaron-a-golpes-a-personal-de-mexicana-durante-protesta-frente-a-la-sct/>, consultada el 15 de diciembre de 2016.

de derechos de Robert Alexy, debemos realizar una ponderación entre los derechos a manifestarse y el derecho de las demás personas que se ven afectadas por los primeros en sus derecho de libre tránsito y hasta podríamos decir en su derecho a la salud y a la paz. ¿Cuál derecho tiene mayor importancia proteger?.

Para Dworkin, la respuesta la da la Suprema Corte de Justicia al ser ésta la encargada de garantizar el respeto a los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sin embargo él resalta que ésta obligación de la Corte se puede ver afectada por las relaciones entre los distintos Poderes de la Unión.⁶

En México, la última palabra sobre el peso que tenga un derecho sobre otro, la tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, al pertenecer a un sistema cuyo Poder se divide en tres (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), debe fundar sus decisiones en lo que establezca la ley y los Principios Generales del Derecho, y no en los lineamientos políticos que esté siguiendo el Gobierno en turno, los cuales podrían ser contrarios a los derechos fundamentales.

Es ciertamente inevitable que algún organismo del gobierno deba tener la última palabra sobre el derecho que hay que hacer valer. Cuando los hombres discrepan respecto de los derechos morales, no habrá manera de que ninguna de las partes demuestre su caso, y alguna decisión debe valer para que no haya anarquía, pero esa muestra de sabiduría tradicional debe ser el comienzo, y no el final, de una filosofía de la legislación y aplicación de las leyes. Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa.⁷

Es ante esta situación en que se presenta la necesidad de contar con organismos como las Comisiones de Derechos Humanos, al ser éstas el refugio de las personas que se ven afectadas por sus derechos ante las deficiencias del sistema judicial. Es por ello que resulta de gran importancia revestir con mayores facultades a estos organismos, a fin de que su labor genere que los derechos fundamentales sean tomados en serio por las autoridades. En este contexto, es importante señalar que no solamente las autoridades deben tomar en serio los derechos, sino que esta obligación también va dirigida a todas las personas, quienes al poseer obligaciones morales con otras instancias y con ellos mismos,

6 Cfr., Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, editorial Ariel, 2002, p. 277 y 278.

7 *Ibidem*, p. 278.

es decir, con su conciencia, pueden llegar a decidir no respetar la norma judicial, sin embargo deben aceptar que serán sancionados por dicha decisión.

El estado de conciencia de un hombre puede ser [un factor] decisivo o central cuando lo que se plantea como problema es si hace algo moralmente malo al infringir la ley; pero no es necesariamente decisivo, ni siquiera central, cuando el problema es si tiene derecho, en el sentido fuerte del término, a hacerlo. Un hombre no tiene derecho, en ese sentido, a hacer cualquier cosa que su conciencia le exija, pero puede tener derecho, en ese sentido, a hacer algo aunque su conciencia no se le exija, pero puede tener derecho, en ese sentido, a hacer algo aunque su conciencia no se lo exija.⁸

Ante esta situación particular nuevamente nos encontramos ante una ponderación de derechos, en la que pesa más el derecho de conciencia de los prestadores de los servicios de salud que el derecho de la mujer al aborto cuando es por decisión propia y no para salvaguardar su vida.

Para Dworkin, los derechos de las personas en contra del Estado pueden ser modificados en cierta medida, si con dicha modificación se protege un interés superior o la protección de los derechos de otras personas, tal modificación deberá estar debidamente justificada por el Estado.⁹

...si la ley prohíbe las manifestaciones, es porque entra en juego algún principio más importante, el principio del respeto a la ley. Si a una ley, aunque sea mala, no se la hace valer, se debilita el respeto a la ley, y la sociedad, como tal, se resiente. De modo, pues, que un individuo pierde el derecho moral a expresarse cuando se constituye en delito la libertad de expresión, y el Gobierno, en aras del bien común y del beneficio general, debe hacer valer la ley en contra de él.¹⁰

El peligro que nos encontramos ante esta postura, estriba en las decisiones equívocas que puede llegar a tomar el Estado en contra de los derechos de la sociedad, por ello es necesario que las personas cuenten con garantías que protejan sus derechos frente a posibles arbitrariedades por parte de las autoridades, tal como lo establece la teoría del garantismo de Ferrajoli. Dworkin señala que la decisión del Gobierno en cuanto a la restricción de determi-

⁸ *Ibidem*, p. 284.

⁹ Cfr., Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, editorial Ariel, 2002, p. 286.

¹⁰ *Ibidem*, p. 287.

nados derechos es necesaria, ya que con ella se resuelven los conflictos que puedan presentarse entre los derechos.

Los derechos individuales que reconoce nuestra sociedad entran frecuentemente en conflicto de esta manera, y cuando tal cosa sucede, la función del gobierno es decidir. Si el Gobierno hace la opción adecuada, y protege el [derecho] más importante a costa del que lo es menos, entonces no ha debilitado ni desvalorizado la noción de [lo que es] un derecho; cosa que, por el contrario, habría hecho si hubiera dejado de proteger al más importante de los dos. Debemos, pues, reconocer que el Gobierno tiene una razón para limitar los derechos si cree, de forma plausible, que un derecho concurrente es más importante.¹¹

Lo anterior puede ser considerado una especie de garantía para una mayoría frente al goce indebido de los derechos fundamentales por la minoría, el cual afecta los derechos de otra persona o de algún grupo de personas como podría ser en cuanto al derecho a la libertad de expresión que se encuentra limitado por lo que hace al daño que pueda generar un dicho en otra persona. Sin embargo, la invasión por parte del Estado a los derechos fundamentales justificada por el beneficio de una mayoría, atentaría con lo que hemos denominado como “Democracia Constitucional”, al sacrificar los derechos constitucionalmente reconocidos a favor de las personas.

La existencia de derechos en contra del Gobierno se vería amenazada si el Gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese <<algo>> se haga. Si ahora decimos que la sociedad tiene derecho a hacer cualquier cosa que signifique un beneficio general, o derecho a preservar el tipo de ambiente en que desea vivir la mayoría, y lo que queremos decir es que ése es el tipo de derechos que proporcionan una justificación para ignorar cualquier derecho en contra del Gobierno que pudiera entrar en conflicto con ellos, entonces hemos aniquilado estos últimos derechos.¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 288.

¹² *Ibidem*, p. 289.

En el caso de México, los artículos 1º y 29 Constitucionales se encargan de garantizar, por un lado, que todos tengamos los mismos derechos¹³, y por el otro, que no pueda realizarse este aniquilamiento de derechos por parte del Estado¹⁴. Lamentablemente, en algunos casos podríamos decir que lo establecido en estos artículos se ha quedado solamente en el papel, tal como lo podemos apreciar en el número de quejas que ha recibido la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como el número de recomendaciones emitidas, a lo que se deberán agregar aquellas que son competencia de las Comisiones y Procuradurías Estatales. Ante esta situación y conforme a lo establecido en el artículo 29 Constitucional, considero pertinente y necesario que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como organismo defensor del pueblo, tenga voz y voto para la toma de decisiones en cuanto a la suspensión de garantías.

2. Robert Alexy y la Ponderación de Derechos

Para Robert Alexy, existen tres teorías desde las cuáles se puede estudiar a los derechos fundamentales, éstas son la teoría histórica, las teorías filosóficas y las teorías sociológicas respectivamente.¹⁵

Por lo que hace a la teoría histórica, ésta se aboca al estudio de la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales en el mundo, desde su surgimiento como simples derechos humanos (iusnaturalismo) hasta la actualidad, la cual requirió de la positivización como medio para efectivizar su respeto, pro-

13 Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017.

14 Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápido y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017.

15 Cfr., Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 27.

tección y cumplimiento frente a las actuaciones de las autoridades.¹⁶ Desde la Teoría de los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental, Robert Alexy se enfoca en el estudio en particular de los derechos humanos positivizados, es decir, los derechos fundamentales.

Para Alexy, la dimensión analítica del derecho válido comprende los conceptos de derechos fundamentales, su construcción jurídica y la investigación de la estructura del sistema jurídico.¹⁷ Es decir, el análisis de la relación entre los hechos, las restricciones generadas por el reconocimiento de determinados derechos fundamentales y el efecto que ello origina.

Para Robert Alexy, un derecho fundamental es vigente debido a que se cuenta con las estructuras necesarias para ello, de otra forma, como lo es estar dentro del ordenamiento jurídico¹⁸ y, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli, con las garantías específicas que lo hagan efectivo, ya que no basta la simple vigencia del derecho fundamental, la condición de su validez radica en la eficacia que proporcionen las garantías constitucionales.¹⁹

La validez de la norma fundamental es un aspecto importante, sin embargo, también lo es la valoración de la norma de la persona que la formula, para la cual resulta necesaria la emisión de juicios de valor, y plantear el por qué debe o no debe obedecerse una norma²⁰. Por lo que hace al tema de los derechos fundamentales, podríamos preguntarnos cuál derecho es más importante proteger o cumplir, en este caso estaríamos hablando de una ponderación de derechos, sin embargo, debemos señalar que la violación o afectación de un derecho fundamental puede conllevar la violación o afectación de muchos otros más. En el caso expreso de México, la política implementada por el Felipe Calderón presupone una ponderación de derechos, protegiendo, en la teoría podríamos decir, el derecho a la seguridad, sin embargo, la *praxis* demuestra lo contrario, no nada más no se ha salvaguardado este derecho, sino que se han afectado muchos más como es el derecho a la libertad, al trabajo, a la salud, a la propiedad, a la integridad física, a la seguridad jurídica, entre otros.

La ponderación de derechos se da cuando existe un conflicto entre dos o más derechos, de esta forma, Alexy propone que cuando haya un conflicto, -en el caso de Alexy de principios- "...puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas".²¹ Un ejemplo al respecto podría ser cuando se presenta una violación a la inviolabilidad del domicilio a

16 Ídem.

17 *Ibidem*, p. 30.

18 *Ibidem*, p. 29.

19 *Ibidem*, p. 30.

20 *Ibidem*, p.32.

21 *Ibidem*, p. 88.

través de un cateo ilegal, -que no se haya cumplido con los procedimientos judiciales necesarios para que la autoridad se introduzca en un domicilio-, pero dicha intromisión al domicilio es llevada a cabo para el rescate de una víctima, en este caso, debemos de analizar cuál derecho es más importante y qué impacto puede generar a nivel jurídico y social, ya que, por un lado se busca liberar a una víctima, pero por el otro lado, se presenta la entrada ilegal a un domicilio, el cual, con dicho precedente, podría ser el de cualquier ciudadano dejándolo al arbitrio de cualquier autoridad, generando incertidumbre jurídica para el resto de la sociedad, ante el temor de ser afectado en sus derechos como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Al respecto, cuando se encuentra un conflicto entre principios, o lo que nosotros podríamos denominar, derechos fundamentales, Robert Alexy señala que si no existe prohibición de alguno de los dos, entonces uno de ellos debe prevalecer sobre el otro:

Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio de mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.²²

En el ejemplo mencionado sobre la inviolabilidad del domicilio, deberá decidirse qué es más importante, introducirse a un domicilio por la simple presunción de que una víctima se encuentre en su interior, a fin de recuperar su derecho a la libertad, o bien, el derecho a la propiedad privada y a la seguridad jurídica del dueño del domicilio.

Si partimos desde la postura de Luigi Ferrajoli en cuanto a que los derechos fundamentales son la protección del más débil, en este contexto de pon-

²² *Ibidem*, p. 89.

deración de derechos, tendremos que analizar en primera instancia quién va a decidir quién es más débil para así saber cuál derecho debe prevalecer sobre el otro, ya que conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte, es competencia del Legislador decidir al respecto.

Para Robert Alexy la ponderación trata sobre “cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”²³, esto se presenta frente a una colisión de principios, de deberes o de derechos fundamentales, buscando aplicar el principio que menor daño genere en su aplicación y especificando las condiciones por las cuáles se considera que un determinado derecho debe prevalecer sobre el otro²⁴ analizando las condiciones sobre las cuales se presenta la colisión.

Un tema que en México ha sido debatido durante mucho tiempo y que hasta la fecha sigue en disputa es el relativo a los derechos que otorga la Constitución Política a los imputados y los que otorga a las Víctimas.²⁵ Recapitulando un poco, es de mencionarse que antes de la reforma constitucional de 1993, la Constitución no reconocía derechos a favor de las Víctimas, más sin embargo, sí lo hacía para los inculpados, y aún cuando en 1993 se reconocen a nivel constitucional dichos derechos, siguen siendo mínimos frente a los del inculpado, y aún con las reformas constitucionales de 2000 y 2008 en las que se amplían los derechos de las víctimas, la protección continúa siendo insuficiente.

Frente a esta situación de los derechos de las Víctimas y del inculpado, podríamos decir que la Víctima en este caso es la parte más débil en el proceso, además de ser la afectada por el inculpado, por lo que el Estado tiene la obligación de protegerla, sin embargo, termina dañándola más y beneficiando al inculpado.

Robert Alexy señala que hay principios que deberían ser declarados inválidos si es que se presenta una colisión al encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico²⁶, en el caso particular de México, la invalidez de estos principios, la llevamos a cabo mediante el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad, o bien, mediante la reciente aprobación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que los jueces lleven a cabo el control difuso de la constitucionalidad durante un proceso judicial²⁷, lo que abonaría a un mayor

23 *Ibidem*, p. 90.

24 Cfr., Ídem.

25 Cfr., Artículo 20 apartado B y C, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2017.

26 Cfr., Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 105.

27 Cfr., Diario Oficial, *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldivar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo*, México, martes 4 de octubre de 2011, Segunda Sección.

respeto y protección jurisdiccional a los derechos humanos.²⁸

SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial. Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, aclarando que aquí únicamente se identifican de manera enunciativa y serán desarrolladas en las consideraciones subsiguientes:

A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.

C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

SEPTIMO. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Una vez que hemos dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte, son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos, hay que pronunciarnos sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana que establece lo siguiente:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo

²⁸ El análisis sobre la aplicación del control difuso de la Constitución por parte de los jueces, devino de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Radilla Pacheco.

ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁹

De acuerdo a la teoría de la ponderación de Robert Alexy, tenemos que con esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los jueces estarán facultados y obligados a analizar el conflicto que pueda presentarse entre normas constitucionales y normas secundarias, dando preferencia a la no aplicación de una norma secundaria ante la presunción de violar alguna disposición constitucional.

En este tipo de colisiones de principios o de derechos fundamentales en ordenamientos jurídicos, podríamos también hablar de las colisiones que se presentan entre un principio interno contra uno internacional, en este aspecto, podemos señalar que el caso de la ley SB 1070, atenta contra derechos reconocidos en distintos instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos por citar solamente uno, pero que es más que suficiente para demostrar la colisión que se presenta con la aplicación de esa ley.

En el caso de México, la colisión que se presentaba con los derechos humanos que reconocen los 108 instrumentos internacionales signados y ratificados por México, contra las leyes nacionales, se subsanó de cierta forma con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, al posicionar al mismo nivel de los derechos fundamentales comprendidos en la Constitución Política aquellos derechos humanos que se encuentran en los instrumentos internacionales,³⁰ los cuales son principios absolutos y que no pueden ser desplazados en ningún momento por alguna otra norma.³¹

Para Robert Alexy, cuando se presenta una colisión entre principios, es necesaria la ponderación:

Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima

29 Diario Oficial, *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo*, Óp. Cit., nota 107, p. 18.

30 Cfr., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2017.

31 Cfr., Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 106.

de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.³²

Para lo anterior, es necesario mostrar la “máxima de necesidad”³³ para optimizar las posibilidades que muestre cada uno de los principios que se encuentren en colisión, ya que la aplicación de uno puede conllevar una consecuencia jurídica perjudicial. Para resolver sobre ello, se deberá realizar un análisis basándose en la conexión entre la posibilidad jurídica y la posibilidad fáctica³⁴. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania señaló que “el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo”³⁵.

De igual forma, Robert Alexy señala que en ocasiones pueden presentarse principios iusfundamentales que pueden tener alguna restricción, así como otros que no, para lo cual, la norma o el principio más fuerte debe desplazar a la más débil.³⁶ Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en la restricción que se encuentra en la Constitución Política de México, en cuanto a la suspensión de garantías, para lo cual se señalan determinadas razones.

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento

32 *Ibidem*, p. 112.

33 Cfr., *Ibidem*, p. 113.

34 Cfr., *Ibidem*, p. 114.

35 Ídem.

36 Cfr., *Ibidem*, p. 120.

de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, razonabilidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.³⁷

El artículo 29 Constitucional es un claro ejemplo sobre la no restricción que permite la ponderación de ciertos principios o derechos fundamentales sobre otra norma por parte de la autoridad. Sin embargo, y aún cuando se precisa que la restricción o suspensión no puede darse sobre derechos como el derecho a la vida, a la integridad personal, el principio de legalidad, la prohibición de la desaparición forzada, la tortura y las garantías judiciales indispensables para la protección de estos derechos, la realidad es que el gobierno de Felipe Calderón ha ponderado sobre estos derechos la supuesta lucha por garantizar el derecho a la seguridad pública, y en esa lucha se encuentran documentadas en recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, actos de tortura, desapariciones³⁸ ejecuciones, todas ellas a manos de autoridades y justificadas por el Presidente Felipe Calderón.³⁹

37 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2017.

38 Cfr., Martínez, Fabiola, *Registra Províctima más de 600 casos de desaparición; la CNDH reporta 16 mil 800*, México, Periódico La Jornada, Sección A, p. 15, 3 de mayo de 2012.

39 Cfr., www.cndh.org.mx

Desde la perspectiva garantista, podríamos decir que en México, aún cuando se enumeran las restricciones antes mencionadas en el artículo 29 Constitucional para la ponderación que permitirá la suspensión de garantías, ha derivado en la ineficacia en la validez y protección de los derechos fundamentales, así como ha contribuido en la impunidad frente a sus violaciones por parte de las autoridades que tienen la obligación moral y jurídica de respetarlos y hacerlos respetar, generando con ello, incertidumbre jurídica por parte del Estado hacia la sociedad.

En conclusión, la postura de Robert Alexy en cuanto a la ponderación de los derechos, contribuye de cierta forma, desde la perspectiva garantista, a proteger determinados principios o derechos fundamentales sobre otros que puedan en algún momento encontrarse en conflicto jurídico, estableciendo la ponderación como un medio de control constitucional.

3. Perspectiva de los Derechos Humanos en la obra “Distinguiendo” de Riccardo Guastini

Para Riccardo Guastini, desde una concepción positivista, los derechos son atribuidos a las personas, pero no le son innatos. Esta atribución se da a través de las normas.⁴⁰ Para Ferrajoli las normas son reglas cuya efectividad depende de la aceptación social⁴¹.

Guastini apunta que los derechos positivos pueden distinguirse de acuerdo a la fuente de la cual emanan, en este contexto, presenta los siguientes tipos:

1. Son derechos “constitucionales” aquellos conferidos por la constitución;
2. Son derechos “legales” aquellos conferidos por la ley;
3. Finalmente, son derechos “contractuales” aquellos que nacen de los contratos (o de actos similares de autonomía privada).⁴²

Por lo que hace a nuestro tema de investigación, nos centraremos en los derechos constitucionales, entendiéndolos como aquellos derechos conferidos a la sociedad por la Constitución estableciendo límites y obligaciones al Estado⁴³, en el caso de México, debemos de incluir todos aquellos derechos comprendidos en los instrumentos internacionales cuya protección y cumplimiento fue elevada a nivel constitucional.

40 Cfr., Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, España, editorial Gedisa, 1999, p. 180.

41 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I Teoría del derecho*, España, editorial Trotta, 2007, p. 397.

42 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, España, editorial Gedisa, 1999, p. 183.

43 *Ibidem*, p. 184.

Guastini señala que en Estados con Constituciones flexibles, los derechos constitucionales no se encuentran por encima de las demás leyes ordinarias, por lo que no hay una protección frente a estas últimas; mientras que en Estados con Constituciones rígidas, sí hay una supremacía de los derechos constitucionales frente al resto de normas comprendidos en el ordenamiento jurídico, y que para su eficacia se requiere de una protección especial⁴⁴ tal y como lo establece la teoría del garantismo, ya que no basta con conferir derechos si no se cuentan con las garantías necesarias para hacerlos realmente efectivos y asequibles para todas las personas.

Al respecto señala que:

...para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos... Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Sólo puede ser establecida por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera o bien prevea remedios para el caso de que la primera sea violada.⁴⁵

Para Ferrajoli, actualmente, aún cuando señala que el futuro de los derechos fundamentales y sus garantías se encuentran en peligro debido a una crisis del derecho,⁴⁶ también apunta que “la garantía del derecho resulta actualmente posible en las Constituciones rígidas⁴⁷.”

Mientras tanto, Guastini dice que los derechos fundamentales se encuentran tutelados tanto en la vía jurisdiccional, es decir, por la vía típica de protección, pero también por la no jurisdiccional, refiriéndose a los instrumentos de otra naturaleza, como es la organización del Estado en Poderes⁴⁸, así como lo refiere el Artículo 41 de la Constitución mexicana⁴⁹.

Sin embargo, aún cuando en el Artículo 41 constitucional se establece la división de poderes, referida por Guastini como garantía de los derechos, en

44 Cfr., Ídem.

45 *Ibidem*, p. 185.

46 Cfr., Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, España, 2006, p. 18.

47 *Ibidem*, p. 19.

48 Cfr., Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, Óp. Cit., nota 43, p. 185.

49 Artículo 41. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

[...]

México aún cuando está estipulada la división de Poderes, hubo la necesidad de contar con una garantía sobre esta garantía, conocida como “controversia constitucional”⁵⁰.

En este contexto, Guastini explica cómo distinguir los verdaderos derechos y los derechos sobre papel:

1) Son “verdaderos” derechos aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: (a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; (b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado; c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.

2) Son derechos “sobre el papel” –derechos ficticios- todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones.

Como es obvio, todos los derechos morales o “naturales” –no reconocidos por un ordenamiento positivo- son por eso mismo derechos “sobre el papel”. Pero la distinción entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel” no se superpone exactamente a la distinción entre derechos morales y derechos positivos: ya que también un derecho (subjetivo) positivo puede ser perfectamente un derecho “sobre el papel”. Este el caso de los denominados “derechos sociales”...⁵¹

50 Artículo 105. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a. La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b. La Federación y un municipio;
- c. El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d. Un Estado y otro;
- e. Un Estado y el Distrito Federal;
- f. El Distrito Federal y un municipio;
- g. Dos municipios de diversos Estados;
- h. Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i. Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j. Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k. Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

51 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, España, editorial Gedisa, 1999, p. 186.

Por lo que se refiere a los derechos “sobre el papel”, los derechos comprendidos en los instrumentos internacionales eran hasta antes de la reforma de junio de 2011 derechos “sobre el papel”, sin embargo, con la reforma que posicionó los derechos humanos comprendidos en los instrumentos internacionales a nivel constitucional, se busca que estos derechos dejen de ser derechos “sobre el papel” para convertirse en verdaderos derechos. Ahora, la pregunta es ¿los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política son verdaderos derechos? Desde una visión crítica podríamos decir que muchos de ellos, por no decir la mayoría, son derechos “sobre el papel”, porque aún cuando se cuentan con las garantías para hacerlos verdaderos derechos, éstas garantías no son realmente efectivas.

Otro caso al que hace alusión Guastini en cuanto a derechos “sobre el papel” es el referente a los derechos sociales, los cuales no son justiciables, sino que para él éstos son redactados de forma engañosa⁵² ya que no confieren verdaderos derechos por carecer de contenidos precisos, lo cual desde la perspectiva del garantismo, significa que no se pueden aplicar garantías para hacerlos efectivos, un ejemplo de ello es el derecho al trabajo, el cual, lo único que puede hacer el Estado es la implementación de políticas públicas que incentiven la creación de empleos, pero ello no garantizará que una persona en específico pueda acceder a él.

En este contexto, Guastini hace la siguiente pregunta “¿en qué condiciones se puede decir que un enunciado, que afirma la existencia de un derecho, es verdadero?”⁵³. Podríamos decir que dicha existencia se vuelve verdadera cuando se cuenta con las garantías para hacerlos efectivos. Guastini presenta las siguientes respuestas:

a) Una primera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la única condición de que exista una norma que lo confiera. Si el derecho (subjetivo) de que se trate proviene de un sistema de normas morales no hay ningún problema. Pero si, en cambio, el derecho en cuestión es un derecho positivo, difícilmente esta respuesta resultará satisfactoria. Sólo un pensamiento jurídico ingenuo puede renunciar a la distinción entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”. Un jurista experto dirá que un derecho que es conferido, pero no garantizado, “no existe”, en el sentido de que es un derecho ficticio: de forma que el enunciado que afirma su existencia es falso.

52 Cfr., *Ibidem*, p. 189.

53 Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, España, editorial Gedisa, 1999, p. 191.

b) Una segunda respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la condición de que no sólo exista una norma que lo confiera sino también una norma (o sistema de normas) que le asegure una tutela jurisdiccional. Evidentemente, quien responde de este modo asume que únicamente los derechos positivos pueden denominarse (verídicamente) existentes. Esta respuesta, por otra parte, supone una teoría normativista de la ciencia jurídica: esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico es describir normas (no hechos, sino normas y nada más que normas). Como tal, esta respuesta resultará satisfactoria para quienes –desde una posición realista– sostengan que la ciencia jurídica no debe limitarse a describir normas (el “derecho en los libros”), sino que debe describir hechos; precisamente aquellos hechos que constituyen las decisiones jurisdiccionales (el “derechos en acción”).

c) Una tercera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la doble condición de que existan las normas recién mencionadas y, además, tales normas sean efectivas, es decir, realmente aplicadas por los jueces: de forma que se puede prever que el derecho en cuestión, siempre que sea violado, recibirá efectiva tutela jurisdiccional. Esta respuesta es propia de una teoría realista de la ciencia jurídica: esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas sino describir hechos. Desde este punto de vista, una dogmática genuinamente científica no puede limitarse a interpretar aquellos documentos normativos que constituyen las fuentes del derecho, sino que debe indagar empíricamente en qué forma son entendidas y aplicadas las fuentes del derecho por los jueces, de modo que pueda prever sus decisiones futuras.⁵⁴

Para el tema que nos ocupa, la primera respuesta se asemeja al pensamiento garantista de Luigi Ferrajoli, quien establece que “más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”.⁵⁵

Finalmente, nos queda preguntarnos, ¿los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son “verdaderos” derechos o derechos “sobre el papel”? De acuerdo con lo expuesto en este apartado y a la realidad que enfrentan estos derechos en México, podríamos decir que la gran minoría de estos derechos pueden ser considerados “verdaderos” derechos, ello sin referirnos únicamente a los derechos sociales que señala Guastini. Si bien es cierto que la reforma constitucional en materia

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 191 y 192.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, España, 2006, p. 59.

de derechos humanos abona a la consolidación de la democracia constitucional mexicana, será necesario analizar en su momento si dicha reforma contribuyó a que estos derechos se convirtieran en “verdaderos” derechos.

Conclusión

Si bien, en materia jurídica se han logrado grandes avances gracias al reconocimiento de los Derechos Humanos en las Constituciones a nivel mundial, y además se han integrado ciertas garantías constitucionales y se cuenta con organismos protectores de derechos humanos, tenemos que ello no ha sido suficiente frente a la realidad que se está viviendo en todo el mundo; cada días es más frecuente leer en los periódicos todos los conflictos que se están suscitando en distintos lugares del mundo, y en todos ellos podemos encontrar un tema referente a los derechos humanos, particularmente el derecho a la dignidad humana, que parece ser el que más ha sido olvidada por los sectores políticos de cada nación; otros factores podemos mencionar la ausencia de una legislación ausente de antinomias y lagunas que colocan a los derechos reconocidos en ella en una situación de vulnerabilidad, debido entre otros factores a la falta de subordinación por parte de las autoridades hacia lo dictado por la Constitución Política.

En este sentido, podríamos decir, como señala Riccardo Guastini en su obra “Distinguiendo”, que estos son derechos y garantías sobre el papel, y seguirán de esta forma hasta que se dejen de lado los intereses políticos o personales sobre los intereses reales de la sociedad. Un ejemplo de ello ha sido el aumento de la desigualdad, el incremento de muertes, que no es únicamente por la situación de inseguridad, sino también por los deficientes servicios de salud, la falta de una educación de calidad, acceso a la justicia evidenciado por el alto grado de impunidad, pero sobre todo, el acceso a una vida digna.

Bibliografía

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Diario Oficial, *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldivar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo*, México, martes 4 de octubre de 2011, Segunda Sección.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, editorial Ariel, 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, España, 2006.


Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, España, editorial Gedisa, 1999.

Martínez, Fabiola, *Registra Províctima más de 600 casos de desaparición; la CNDH reporta 16 mil 800*, México, Periódico La Jornada, Sección A, p. 15, 3 de mayo de 2012.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2017.

EL FEMICIDIO COMO RESULTADO DEL PODER INTROYECTIVO DE LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA

Ab. José Sebastián Cornejo Aguiar 



Abogado por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador).

Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador).

Candidato a Especialista en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos por la FLACSO.

Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; y Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP.

Ab. José Sebastián Cornejo Aguiar.¹

El objetivo de este trabajo es determinar cómo se podría condenar a una persona por un delito de femicidio establecido en el Código Orgánico Integral Penal, generado gracias al poder introyectivo de la criminología mediática, conceptualizada como aquella que se muestra en televisión, la comentan todos entre sí y se la verifica por comentarios de una persona a otra, tomando en consideración que de la lectura del tipo penal se infiere que para la configuración de este tipo penal consiste.

En que la muerte de la mujer se debe producir como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, por el hecho de serlo o por su condición de género.

Siendo necesario efectuar un análisis desde la significación del tipo penal de femicidio, así como de las alternativas, que con el pasar de los años han venido generando un rango de protección, y reconocimiento de los derechos de la mujer.

Para una vez conceptualizado su reconocimiento y desarrollo de la configuración del tipo penal de femicidio; poder determinar cómo las personas comenzamos a hablar repitiendo lo que escuchamos a nuestro alrededor, y contamos la historia como nos la cuentan, tal es así que incluso se puede determinar la existencia de un tipo penal de femicidio sin la existencia previa de una sentencia condenatoria.

Para finalmente poder analizar como la funcionalidad de las víctimas es explotada por los medios en ciertos casos, en donde se evidencia que los familiares de la víctima aparecen en pantallas y despiertan el interés morboso de la colectividad direccionada a la espera de que el cometimiento de la acción efectuada por el presunto agresor configure un delito violento, que permita generar una visión simbólica mediante la aplicación de un castigo ejemplar.

1.- El Tipo Penal de Femicidio

El término femicidio según Diana Russell y Jill Radford en su texto "*Femicide: The Politics of Women Killing*", es definido como el asesinato de mujeres, cometido por hombres, por el hecho de ser mujeres.² Por su parte para Marce-

¹ Abogado por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador); Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), Candidato a Especialista en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos por la FLACSO; Autor de los libros *Mundo, Alma y Vida*; *Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial*; *Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal*; y *Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP*. scor1719@hotmail.com.

² Russell, Diana y Harnes, Roberta, *Feminicidio: Una Perspectiva Global* (México DF: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Autónoma de México, 2006).

la Lagarde, el femicidio se entiende como la muerte de mujeres sin especificar las causas de estas muertes.³

Mientras que por otra parte también se hace alusión al concepto de genocidio, utilizado por la antropóloga norteamericana Mary Anne Warren en su obra *“Gendercide: The Implications of Sex Selection”*, la misma que establece estadísticamente, que las mujeres en edad reproductiva tienen mayores probabilidades de ser mutiladas o asesinadas por hombres que de fallecer por enfermedades, incluidos el cáncer y las enfermedades infectocontagiosas, accidentes de tránsito; laborales y guerras.⁴

Es decir el femicidio propiamente dicho deriva de la castellanización del término feminicide, que comenzó a utilizarse en el mundo angloparlante para describir las muertes producto de la violencia de género contra las mujeres,⁵ violencia que deviene en una parte por la interrelación entre el patriarcado y el capitalismo que según Zilah Eisenstein corresponde a:

“[...] la dependencia mutua del patriarcado y el capitalismo no sólo asume la maleabilidad del patriarcado frente a las necesidades del capitalismo, sino que asume la maleabilidad del capital frente a las necesidades del patriarcado para operar eficientemente [...]”⁶

Es decir este concepto permite conceptualizar la naturaleza patriarcal, misma que es un elemento definidor para el análisis de la violencia de género, que según Jorge Eduardo Buompadre: “[...] también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima.”⁷

Tanto así que para Zaffaroni con la publicación del *Malleus Maleficarum*, el enemigo a destruir era el diablo, pues según lo que se entendía en la época, él afectaba las almas de las personas, llevándolas a disentir con la autoridad y convirtiéndolas en herejes. Pero no afectaba a cualquier sujeto, sino que había un cierto grupo social, que, por ser genéticamente más débil, también sería el que resultase más vulnerable; este sector no es otro que el de las mujeres.

3 Marcela Lagarde, *El feminicidio de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México: En tiempo de Paz., 2010).

4 Mary Anne Warren, *Gendercide: the implications of sex selection*, New feminist perspectives (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1985).

5 Ibid.

6 Zilah Eisenstein, *Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism*, en: Zillah Eisenstein (comp), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, s. f.

7 Jorge Eduardo Buompadre, «LOS DELITOS DE GÉNERO EN LA REFORMA PENAL (Ley N° 26.791)», *pensamiento penal*, 2013, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>; p.2

Era a ellas a quienes había que perseguir a fin de detectar posibles conductas desviadas y quienes debían ser exterminadas a tiempo en la medida de lo posible.⁸

Podría decirse, entonces que si se consideraría desde el punto de vista de la aplicación del poder por sobre la mujer este tipo penal, de alguna manera, ha estado latente desde tiempos inmemorables; no obstante es necesario referirnos a que el tipo penal de femicidio toma más fuerza, a raíz de lo sucedido en 1993, en Ciudad Juárez, misma que ha sido escenario de una sistemática violencia contra las mujeres, manifestada de diversas formas en los homicidios de mujeres y niñas que han tenido lugar en esa ciudad.⁹

Siendo uno de los casos más conocidos, el denominado “*Campo Algodonero*”, correspondiente al homicidio brutal y con móvil sexual de 8 mujeres,¹⁰ que conllevó al Estado a tomar distintas medidas para combatir la situación de Ciudad Juárez, generando una prevención e investigación de los casos de violencia contra la mujer y homicidios por razones de género; ya que la situación de violencia contra la mujer, discriminación e impunidad, debe ser atendida, tanto así, que la Corte resaltó que es necesario se realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación.¹¹

En esta misma línea, es necesario destacar que con el pasar del tiempo se han venido buscando alternativas, para generar un rango de protección, y reconocimiento de los derechos de la mujer, como son la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer¹², la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano la denominada “*Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia*”¹³, conjuntamente con la expedición del Reglamento General a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.¹⁴

Evidenciando la existencia de políticas, de alguna manera, fueron expuestas como los considerandos, para la declaratoria del día de la No Violencia en

8 Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte Gral., Capítulo I, «Poder Punitivo y Derecho Penal»*, 2001.^a ed. (Editorial Ediar, s. f.).

9 José Sebastián Cornejo Aguiar, «Las Relaciones de Poder, en el Tipo Penal de Femicidio», *Derecho Ecuador*, 29 de marzo de 2016, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/03/29/las-relaciones-de-poder--en-el-tipo-penal-de-femicidio>.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 16 de noviembre de 2009.

11 Ibid.

12 Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1954).

13 Ecuador, Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en Registro Oficial, No. 839 (Quito, 11 de diciembre de 1995) (s. f.).

14 Ecuador. Presidencia de la República, “Reglamento General a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia” en Decreto Ejecutivo 1982 (s. f.).

contra de la Mujer,¹⁵ políticas que se han ido implementando para subsanar lo que para Marcela Rodríguez, es conceptualizado, como que hombres y mujeres no empiezan con las mismas oportunidades por causas socialmente construidas y que por ende, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales, tomando en cuenta que nuestras sociedades son patriarcales.¹⁶

Como, lo hemos visualizado a groso modo, las políticas de protección a favor de la mujer tienen un punto difurcante, el cual es el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos, mediante la concesión de políticas que buscan generar un mayor grado de protección y una consideración de la violencia intrafamiliar.

2.-El poder introyectivo de la criminología mediática:

Previo al análisis de este tema es necesario indicar el concepto de la criminología, mismo que para Hilda Marchiori : “[...] es una disciplina científica e interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio y análisis del delito, de la pena, delincuente, víctima, criminalidad, reacción social institucional, cultural y económica a los fines de la explicación, asistencia y prevención de los hechos de violencia [...]”¹⁷

Es decir, partiendo de este concepto, se puede tener en claro, que la criminología, es una ciencia, que estudia el delito, por ende se debe enfatizar además en la prevención del mismo, así como el tratamiento que se les debe dar tanto al delincuente como a la víctima, concepto, que ha ido variando, con el pasar de los años, dando lugar, a que surja la criminología mediática, objeto de este análisis, misma que hace referencia a los estereotipados, basándose en una interacción social definida por obviedades, ya que construye un concepto de seguridad del todo particular, abarcando la prevención, con un impulso vindicativo, en contra de los que aparentemente son peligrosos.¹⁸

En tal sentido es necesario indicar que los estereotipos de alguna manera se siguen construyendo en razón del poder introyectivo de la criminología mediática, en razón de que si se replica una y otra vez por varios medios de comunicación, y divulgado en diferentes entornos sociales, una noticia en donde ya se de por sabido que se trate de un femicidio o de cualquier otro delito influye en la consideración el momento de la emisión de la sentencia del juzgador.

Ya que se podría configurar lo que para Norberto Tavosnanska, manifies-

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Marcela Rodríguez, *Igualdad, Democracia y Acciones Positivas*, en Facio y Fries, eds.; Género y Derecho (Chile: Lom, 1999).

¹⁷ Hilda Marchiori, *Criminología: teorías y pensamientos* (México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004)., p.3

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*, 1. reimpr (Buenos Aires: Ediar, 2011).

ta cuando se refiere a lo enunciado por Eugenio Raúl Zaffaroni en su trabajo *Criminología Mediática*, a que en la actualidad los medios de comunicación masivos juegan un rol fundamental en cuanto a la construcción social que pretenden difundir, ya que éstos suelen reemplazar fácticamente los organismos del sistema penal, con resultados no deseados generando en amplios sectores de la sociedad pedidos de políticas criminales autoritarias.¹⁹

Mismas que conllevan a creer que ante la ausencia de una política criminal clara y determinada, los medios llenan ese lugar manipulando la información y creando a menudo necesidades ficticias o exageradas.²⁰

3.- La funcionalidad de las víctimas

Para María Del Pilar Martín Ríos, el: “[...] resurgimiento de la figura de la víctima del delito que, largamente preterida en pro de una mayor atención prestada al victimario, fue secularmente condenada al olvido. Venturosamente, esa situación va siendo progresivamente superada y a la víctima experimenta notables avances en el proceso de recuperación del papel del que es merecedora.”²¹

Ya que por ejemplo si la víctima es un personaje público, es frecuente que los comunicadores sociales se interesen en el desenlace del porque se produjo la comisión del delito y de alguna manera influyan en el proceso de victimización secundaria que según Beristain: “hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez que entra en contacto con el sistema de justicia.”²²

Lo cual se busca evitar por parte de la administración de justicia que en ciertas ocasiones imparte un castigo ejemplar a fin de que los familiares que aparecen en las pantallas se sientan de alguna manera satisfechos con la sanción ejemplificante que despierta un interés en la sociedad.

No obstante es necesario destacar que victimas también son los familiares del sentenciado tal como lo manifiesta Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor, en su artículo “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, cuando se refiere a que la victimización secundaria, es la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico penal.²³

19 Tavosnanska, Norberto, *Los códigos de los mass media en el tratamiento de los temas criminales.*, N° 8 vols. (Buenos Aires: Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, 1996)., p.18-19.

20 Norberto Tavosnanska, *Seguridad y política criminal* (Buenos Aires: Editorial Cathedra Jurídica, s. f.).,p.32.

21 María Del Pilar Martín Ríos, «La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español», *Revista di Criminologia, Victimologia e Sicurezza* Vol . II-N°3 (2008)., p. 89.

22 Beristain, Antonio., *Criminología y Victimología*. (Colombia: Leyer, 1999).

23 Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor, *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos*, Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco., vol. IV (España, 2004), <http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf>.

Concepto que en palabras de Miguel Ángel Soria, se entendería, “como todas aquellas acciones, omisiones y conductas inadecuadas de funcionarios y empleados públicos que entran en contacto con la víctima, en cualquier etapa del proceso penal y que le provocan a esta algún tipo de daño físico, psicológico o patrimonial. [...]”²⁴

A lo cual hay que sumarle, que posterior a la comisión del delito, es en donde empieza la criminalización secundaria, ocasionada por parte de las Instituciones del Estado, al no garantizar, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones.

Es decir, constituye sin lugar a dudas una falta de atención a las víctimas, que incluso bien podría ser el sentenciado ya que no obtuvo una justicia oportuna, y en lugar de ello, lo único que genera es una victimización constante, que hace referencia a una condición no libre ni voluntaria, sino dada por el ejercicio de otro poder, que ejerce fuerza o presión, dentro del proceso penal.

Bibliografía:

Acuerdo Ministerial 1009. DIA DE LA NO VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER (s. f.).

Beristain, Antonio. *Criminología y Victimología*. Colombia: Leyer, 1999.

Codificación 1215. Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, No. Registro Oficial Suplemento 153 de 25-2005 (1954).

Decreto Ejecutivo 1982. Reglamento General a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, No. Registro Oficial 411 de 01-2004 (s. f.).

Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor. *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos*. Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. Vol. IV. España, 2004. <http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf>.

Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal Parte Gral., Capítulo I, «Poder Punitivo y Derecho Penal»*. 2001.^a ed. Editorial Ediar, s. f.

²⁴ Miguel Ángel Soria., *Psicología de la victimización criminal, en Psicología criminal*. (España: Pearson Prentice Hall, 2005)., p. 256.

González y otras («Campo Algodonero») vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

Jorge Eduardo Buompadre. «LOS DELITOS DE GÉNERO EN LA REFORMA PENAL(Ley N° 26.791)». *pensamiento penal*, 2013. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>.

José Sebastián Cornejo Aguiar. «Las Relaciones de Poder, en el Tipo Penal de Femicidio». *Derecho Ecuador*, 29 de marzo de 2016. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/03/29/las-relaciones-de-poder--en-el-tipo-penal-de-femicidio>.

Ley 103. Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, No. Registro Oficial 839 de 11-1995 (s. f.).

Marcela Lagarde. *El feminicidio de Ciudad Juarez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: En tiempo de Paz., 2010.

Marcela Rodríguez. *Igualdad, Democracia y Acciones Positivas*. Facio y Fries; Género y Derecho. Chile: Lom, 1999.

Marchiori, Hilda. *Criminología: teorías y pensamientos*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004.

María Del Pilar Martín Ríos. «La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español». *Revista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol . II-N°3 (2008).

Miguel Ángel Soria. *Psicología de la victimización criminal, en Psicología criminal*. España: Pearson Prentice Hall, 2005.

Norberto Tavošnanska. *Seguridad y política criminal*. Buenos Aires: Editorial Cathedra Jurídica, s. f.

Rusell, Diana, y Harmes, Roberta. *Feminicidio: Una Perspectiva Global*. México DF: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Autónoma de México, 2006.

Tavošnanska, Norberto. *Los códigos de los mass media en el tratamiento de los temas criminales*. N° 8 vols. Buenos Aires: Revista Jurídica del Centro


de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, 1996.

Warren, Mary Anne. *Gendercide: the implications of sex selection*. New feminist perspectives. Totowa, N.J: Rowman & Allanheld, 1985.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. 1. reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2011.

Zillah Eisenstein. *Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism*. En: Zillah Eisenstein (comp), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, s. f.

**LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO:
UNA VISIÓN COMPARADA EN LA LEGISLACIÓN
ESPAÑOLA Y ECUATORIANA. ENTENDIENDO LAS
DOS CARAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
DERECHOS SUBJETIVOS Y VALORES OBJETIVOS.-**

Felipe Asanza Miranda 

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Internacional SEK, con mención en Derecho Económico.

Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España.

Ha realizado cursos de especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y ha participado en concursos de derechos humanos en American University, Washington College of Law, Estados Unidos.

Investigador y asesor en política internacional y derechos humanos para el Centro de Estudios en Seguridad y Paz, con sede en Bogotá-Colombia.

Desempeña sus labores como Senior Protection Assistant en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).



Felipe Asanza Miranda¹**Resumen:**

El presente trabajo de investigación pretende analizar de manera comparativa tanto el recurso de amparo en España, como la acción de protección en Ecuador para desentrañar su eficacia constitucional y, a partir de allí realizar una indagación sobre cómo estas garantías jurisdiccionales y figuras procesales intervienen en la protección de derechos fundamentales y libertades públicas haciendo uso de la dimensión objetiva y de la dimensión subjetiva de los mismos.

Palabras claves:

Recurso de Amparo Constitucional

Acción de Protección

Dimensión Objetiva

Dimensión Subjetiva

Sumario: Introducción: Las dos caras de los derechos fundamentales: derechos subjetivos y valores objetivos.- Análisis jurídico de la función constitucional del recurso de amparo en España.- Análisis jurídico de la función constitucional de la acción de protección (anterior recurso de amparo) en Ecuador.- Semejanzas y diferencias sobre el rol del juez constitucional y de los jueces ordinarios y de la garantía de derechos constitucionales y no ordinarios y de la protección de derechos fundamentales como proceso residual y subsidiario.- Conclusiones.-

Introducción: Las dos caras de los derechos fundamentales: derechos subjetivos y valores objetivos.-

Al realizar una aproximación a la teoría general de los derechos fundamentales, se ha de decir que en un primer intento dentro de su concepción y fundamentación, los mismos fueron vistos como límites a la actuación de los poderes públicos; es decir, como garantías negativas frente a los intereses in-

¹ Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Internacional SEK, con mención en Derecho Económico. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Ha realizado cursos de especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y ha participado en concursos de derechos humanos en American University, Washington College of Law, Estados Unidos. Investigador y asesor en política internacional y derechos humanos para el Centro de Estudios en Seguridad y Paz, con sede en Bogotá-Colombia. Desempeña sus labores como Senior Protection Assistant en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

dividuales. En la actualidad, se debe considerar que tal concepción ha variado puesto que los derechos fundamentales se han convertido en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones.

Por lo tanto, se ha de destacar que “[...] los derechos fundamentales responden actualmente a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento infraconstitucional. Es evidente que los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. De esa forma, tales derechos tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad”².

Así, por ejemplo, autores como Francisco J. Bastida, entre otros, manifiestan que “[...] en todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva; es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán, junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta a las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos fundamentales; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez”³.

Por tanto, bajo esa concepción descrita en líneas anteriores podemos encontrar la fundamentación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que se abordará en el próximo apartado de este trabajo investigativo al realizar un análisis de la función constitucional del recurso de amparo, haciendo énfasis en la eficacia de la garantía para la tutela de los derechos fundamentales y en especial atendiendo al “mandato de optimización” que entraña la misma.

En efecto, “[...] los derechos fundamentales en su vertiente objetiva comportan un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos, y la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental”⁴.

2 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén – “Prerrogativa y Garantía”, Edit. Eumed, Costa Rica, 1995, pp. 33-34.

3 J. BASTIDA, Francisco / Villaverde, Ignacio / Requejo, Paloma y otros – “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”, Edit. Tecnos, Madrid, 2004, p. 42.

4 Id. *Ibidem*.

Empero, si se analiza *prima facie* el recurso de amparo en la legislación española, se podrá evidenciar que los artículos 53.2 y 161.1 b) de la Constitución española no hacen mención de la idea de «poderes públicos», por lo que existe una disociación al menos aparente entre el texto constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia STC 18/1984: “[...] no está acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, que interpreta las normas en el sentido de que mejor sirvan a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Por todo ello es necesario precisar la noción de «poderes públicos», en sentido ampliatorio, y el ámbito del proceso de amparo, si no se quiere dejar un amplio margen de desprotección de los derechos fundamentales”⁵.

Consecuentemente, en la sentencia STC 53/1985, el Tribunal Constitucional español señala que “[...] las normas relativas a los derechos fundamentales, además de contener derechos subjetivos de defensa frente al Estado, encarnan un «orden objetivo de valores» que orienta e impulsa a la legislación, a la Administración y a la Jurisprudencia”⁶. Este señalamiento jurisprudencial viene aparejado de la idea de que el mandato de optimización de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales e institucionales, incide tanto en el contenido como en el objeto mismo del derecho o garantía; y, en este caso, como se verá más adelante, del recurso de amparo.

Respecto al contenido objetivo del derecho fundamental, “[...] el mandato impone, de un lado que todo poder público tiene el deber positivo de proteger los derechos fundamentales que puedan estar presentes en una determinada situación; de otro lado, le obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo. De este modo, y como resultado del mandato, los poderes públicos se erigen en garantes de los derechos fundamentales cuando en el ejercicio de sus potestades se ven implicados derechos fundamentales, lo que cobra una especial relevancia en el caso de los órganos judiciales. [...] Sobre el objeto del derecho, el mandato de optimización significa que dada la indefinición jurídica del comportamiento constitucionalmente lícito, en principio todas las facultades de actuación que quepan dentro del ámbito de realidad definido abstractamente en el precepto que contiene el derecho fundamental, son merecedores de protección y, por tanto, queda vedada la irrupción del poder público en el citado ámbito”⁷.

Por otro lado, al igual que la vertiente de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha ido evolucionando, se puede decir que lo mismo

5 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 18/1984, foja 6.

6 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 53/1985, foja 6.

7 J. BASTIDA, Francisco / Villaverde, Ignacio / Requejo, Paloma y otros – “Teoría General de los Derechos...”, op. cit., p. 43.

ha sucedido con la dimensión subjetiva de los derechos que tuvo una concepción inicial o estuvo cristalizada justamente en la teoría de los derechos públicos subjetivos desarrollada por la doctrina alemana y en especial por autores como Jellinek.

De allí que, según Jellinek: “[...] los derechos fundamentales se desglosan en cuatro estados: a) el *status subjectionis*, que determina la situación pasiva de los destinatarios de la normativa emanada del poder público; b) el *status libertatis*, que comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos, es decir, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias; c) el *status civitatis*, en el que los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que implica poder reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles; y, d) el *status activae civitatis*, situación activa en la que el ciudadano goza de derechos políticos, lo que le permite participar activamente en la formación de la voluntad del Estado en cuanto miembro de la comunidad política. Todos estos estados o situaciones jurídicas tienen en común el hecho de concebirse como instrumentos de defensa exclusivamente de intereses individuales”⁸. (Énfasis añadido)

Sin embargo, ya con el paso de la modernidad y en la actualidad “[...] se tomó conciencia de que el disfrute real de tales derechos por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar, de manera paralela, ciertas cuotas de bienestar económico y social, que permitieran la participación activa de todos los ciudadanos en la vida comunitaria, a la teoría de Jellinek ha tenido que adicionarse un nuevo status: el *status positivus socialis*, que incluye el reconocimiento de los denominados derechos “económicos, sociales y culturales”, y que no tiene como objetivo anular la libertad individual, sino más bien garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, la cual exige conjugar, al mismo tiempo, tanto su dimensión personal como social”⁹. (Énfasis añadido)

De esa manera entonces, se ha de comprender que la protección de los derechos fundamentales en el constitucionalismo actual comprende una doble dimensión que debe institucionalizarse y funcionalizarse a través de los órganos encargados de velar por dichos derechos. En palabras de autores como, Antonio Enrique Pérez Luño: “[...] En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual, si bien a ese papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una

8 JELLINEK, Georg – “Teoría general del Estado”, trad. y pról. de Fernando de los Ríos, Edit. Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 137.

9 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén – “Prerrogativa...”, op. cit., p. 35.

dimensión institucional, a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”¹⁰.

En síntesis con lo anterior, el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 25/1981, señaló que los derechos fundamentales tienen un doble carácter y arguyó que *“[...] en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”*¹¹.

Correlativamente, la interrelación apuntada entre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y la vertiente objetiva, sobre las que se volverá a hacer énfasis cuando de analice el recurso de amparo, ponen de manifiesta una íntima conexión entre ellas y nos conduce, en definitiva, *“[...] a la consideración de las normas de derechos fundamentales como normas de carácter doble, lo que nos enseña que no basta concebirlas sólo como normas atributivas de derechos subjetivos o sólo como mandatos de optimización; un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se pueden adscribir tanto unas como otros; ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble”*¹².

Ahora bien, de lo descrito anteriormente se puede arribar a un primer indicio respecto de que la vertiente o dimensión objetiva de los derechos fundamentales puede también absorber la dimensión o vertiente subjetiva, pero que dicho supuesto no ocurre en todos los casos, *“[...] lo que demanda una explicación acerca de la relación entre esos dos contenidos. Ya hemos dicho que el contenido jurídico-objetivo está en estrecha relación con la libertad jurídico-subjetiva y actúa como un elemento de fortalecimiento orientado a la garantía de la libertad jurídico-subjetiva”*¹³.

Sin embargo, mientras la dimensión subjetiva del derecho fundamental no supone una transformación esencial de la estructura de la Constitución, dicha transformación sí tiene lugar al añadir la dimensión objetiva del derecho fundamental, puesto que *“[...] en primer lugar, su carácter de norma de principio*

10 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique – “Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución”, 10ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2010, p. 253.

11 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español STC 25/1981, foja 12.

12 J. BASTIDA, Francisco / Villaverde, Ignacio / Requejo, Paloma y otros – “Teoría General de los Derechos...”, op. cit., p. 43.

13 Id. Ibídem.

impone una necesidad de hacer al Estado que se convierte en una facultad del ciudadano de reclamar su realización. En segundo lugar, merced a la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales irradiándose en todos los ámbitos del Derecho, tales derechos dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y es que los derechos subjetivos no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste”¹⁴.

Por tanto, ¿cuál es la eficacia y la función constitucional del recurso de amparo?, ¿qué dimensiones entraña a la luz de la operatividad del juez constitucional como veedor de la Constitución y garante de los derechos fundamentales?, ¿cómo opera la dimensión objetiva y subjetiva dentro del proceso residual y subsidiario del recurso de amparo y cómo dichas dimensiones convierten al recurso en una garantía constitucional e institucional?, son algunos de los cuestionamientos que se tratará de abordar y resolver en los apartados siguientes.

2. Análisis jurídico de la función constitucional del recurso de amparo en España.-

Para efectos de la legislación española, el recurso de amparo que se presenta ante el Tribunal Constitucional es, junto con el procedimiento preferente y sumario, la otra vía de protección jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales. “[...] *el recurso de amparo es expresamente mencionado tres veces en el texto constitucional. En primer lugar, el art. 53.2 de la Constitución española (CE), como se ha visto, tras establecer que los derechos fundamentales de la Sección 1ª podrán ser protegidos por un procedimiento preferente y sumario, añade: <<y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional>>. En segundo lugar, en la enumeración de atribuciones del Tribunal Constitucional, el art. 161.1.b) CE menciona el <<recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca>>. En tercer lugar, el art. 162.1.b) dispone que la legitimación para interponer el recurso de amparo incluye a << toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal >>*”¹⁵.

De esa manera entonces, el recurso de amparo constitucional es una garantía del ámbito procesal español por medio de la cual se protegen determi-

¹⁴ Id. Ibídem.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis María – “Sistema de Derechos Fundamentales”, serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, 3ª Edición, Edit. Thomson Civitas, España, 2008, p. 89.

nados derechos y libertades, que son precisamente aquellos que están reconocidos en el artículo 14 de la Constitución española y en la Sección Primera del Capítulo 2º del Título I de la Carta Magna de dicho país. “[...] *Supuesto, pues, un agravio concreto a un derecho objeto de esta protección, se pretende a través del recurso lograr la tutela necesaria para restablecer la situación jurídica perturbada y también el orden constitucional, pues la doble naturaleza de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, implica que su vulneración afecte no sólo a situaciones jurídicas subjetivas sino también al orden constitucional en su conjunto*”¹⁶.

Además, es por lo que acaba de señalarse que nos hallamos en presencia de “[...] un recurso que se limite a proteger un interés subjetivo. Bien significativa es al respecto la determinación del art. 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que convierte en preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos de amparo, “en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley”. Por otra parte, cabe recordar de igual modo que este recurso, por iniciativa del propio Tribunal (a través de sus Salas), en lo que se ha dado en denominar la “auto-cuestión de inconstitucionalidad”, puede desembocar en un control normativo de constitucionalidad, tal y como prevé el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)”¹⁷.

Por consiguiente, el doble carácter subjetivo y objetivo del recurso de amparo es descrito por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 1/1981 de 26 de enero de ese año en que estableció que *“la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades anteriormente referidos, cuando las vías ordinarias de protección resulten insatisfactorias. Sin embargo, junto a este designio, proclamado por el art. 53.2 CE, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular”*¹⁸.

He allí que la dimensión objetiva del recurso de amparo está presente o circunscrita en la calidad de residual y subsidiario que tiene este recurso, pues ha de entenderse que este recurso no puede ser considerado como una nueva instancia judicial de tutela de los derechos, como una suerte de segunda o tercera instancia judicial en la protección de los derechos, respecto de la tutela que de los mismos corresponde llevar a cabo a la jurisdicción ordinaria

16 FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco – “El recurso de amparo en España”, artículo publicado en: “Revista Jurídica Artigos”, Presidencia de la República de Brasil, vol. 7, agosto/septiembre/, Brasilia, 2005, p. 2, disponible digitalmente en la web en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/FranciscoSagado_Rev74.pdf (Último acceso: 10/03/17 18:30)

17 Id. Ibídem.

18 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 1/1981, foja 6.

en base al procedimiento “preferente y sumario” a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución española. Bien al contrario, se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales.

Consecuentemente, ya el Tribunal Constitucional español ha insistido en que este recurso de amparo no constituye en forma alguna una instancia de revisión del Derecho aplicado por los jueces ordinarios y ni siquiera tiene la condición de ser un recurso de casación. En efecto, en el auto del Tribunal Constitucional español, ATC 106/1980 de 26 de noviembre de ese año, se señala por parte del Tribunal que respecto del recurso de amparo, “[...] *se trata de un procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados por la Constitución, vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en este caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso y en cuya consideración no puede entrar el Tribunal Constitucional*”¹⁹.

Dicho pronunciamiento deja ver claramente la dimensión objetiva del recurso de amparo, que se traduce en el procedimiento residual y subsidiario por medio del cual el Tribunal Constitucional solamente conocerá de las causas por supuestas violaciones a los derechos fundamentales del art. 14 de la Constitución española, así como los de la Sección Primera del Capítulo 2º del Título I de la Carta Fundamental española, y los que menciona el art. 53.2 del mismo cuerpo legal.

En efecto, en el auto 69/1981 de 1 de julio de ese año, el Tribunal Constitucional español ya significaba que “[...] *la jurisdicción de amparo es subsidiaria de la jurisdicción común, y no es una instancia directa ni tampoco revisora*”²⁰. Y ello, comprende que el restablecimiento del derecho supuestamente conculcado debe primariamente tratarse de conseguir ante los Tribunales ordinarios, empleando todos los medios de impugnación normal existentes en las normas procesales, y sólo cuando fracasen se podrá acudir al proceso de amparo.

Así, el principio de residualidad y subsidiariedad se incrusta en la concepción de que el recurso de amparo en España se comprende como un recurso específico para la garantía y protección de los derechos fundamentales frente a resoluciones judiciales. Por tanto, el modelo adoptado por el ordenamiento jurídico español respecto del recurso de amparo constitucional parece ser el acuñado por la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán tiempos atrás.

Rubio Llorente, por ejemplo, sostiene que “[...] *tal peculiaridad responde, básicamente, al hecho de que, con la sola salvedad del supuesto contemplado por el art. 42 de la LOTC (violación de derechos susceptibles de tutela vía am-*

19 Véase auto del Tribunal Constitucional español, ATC 106/1980, foja 3.

20 Véase auto del Tribunal Constitucional español, ATC 69/1981, foja 2.

paro por decisiones o actos sin valor de ley emanados del Poder legislativo), la LOTC exige el agotamiento previo de todos los remedios judiciales posibles encaminados a la salvaguarda del derecho supuestamente conculcado; ello no significa sino que, como antes se dijo, el recurso de amparo se rige por el principio de subsidiariedad. Aunque el art. 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán establece semejante exigencia de agotamiento de la vía judicial previa, la propia norma fija dos excepciones, que la legislación procesal española ignora: la primera la encontramos en la facultad de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán para resolver de modo inmediato un recurso de queja constitucional si fuere de significación o importancia general; la segunda, en el reconocimiento de análoga facultad cuando el seguimiento de la vía judicial previa acarreará al recurrente un perjuicio grave e inevitable”²¹.

Además, menciona que “[...] A la diferencia advertida se ha de añadir otra: la exigencia que el art. 44.1, c) de la LOTC establece, respecto de los recursos de amparo que se presenten frente a acciones u omisiones de órganos judiciales supuestamente vulneradoras de un derecho, en el sentido de que “se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”, exigencia que el Tribunal Constitucional extendió, al menos a partir de 1984, a los recursos deducidos contra actuaciones gubernativas y que ha venido a establecer en nuestro sistema una estrecha conexión entre el proceso judicial previo y el constitucional, convirtiendo todo proceso en el que se hubiere hecho invocación de derechos constitucionalmente garantizados en un proceso constitucional desde el momento de tal invocación”²².

En ese sentido, la existencia de una protección reforzada de los derechos fundamentales vía recurso de amparo constitucional dentro del ámbito jurídico español ha dado lugar a una discusión justamente sobre su significación en la salvaguarda de los derechos fundamentales, y más concretamente, en el funcionamiento del ordenamiento en su conjunto. A mí criterio, cabría realizar la siguiente pregunta: ¿añade verdaderamente algo esa protección dada por el recurso de amparo a la adecuada observancia y efectividad de los derechos fundamentales? y para dar respuesta a ese cuestionamiento es preciso mencionar que el recurso de amparo constitucional “[...] se debate entre dos categorías plenamente delimitadas por la teoría general del proceso: el recurso y el proceso. Utilizando primariamente un término genérico, es posible afirmar que el amparo es un procedimiento extraordinario formulado para proteger los derechos fundamentales especificados en la ley. Las aserciones precedentes

21 RUBIO LLORENTE, Francisco – “Derechos Fundamentales y principios constitucionales”, Edit. Ariel, Madrid, 1995, p. 315.

22 Id. Ibídem.

nos colocan en un terreno pacífico. Nadie controvierte su teleología (tutela de los derechos fundamentales) ni —eso creo— su actualización normativa que se presenta por regla general al agotarse las vías ordinarias de tutela jurisdiccional. El fin presupuesto es logrado sobre una caracterización procesal que define genéticamente al amparo. No hay duda de que éste implica un procedimiento”²³.

Hay que recordar, entonces, que el recurso de amparo constitucional trae consigo una protección reforzada de los derechos fundamentales y, por tanto, “[...] la protección normal ofrecida mediante el esquema básico (inviolabilidad de los derechos fundamentales por los particulares en todo tipo de procesos, más cuestión de inconstitucionalidad) sería, en principio, suficiente para remediar las violaciones de los derechos fundamentales. Se trata así, de una garantía adicional y ciertamente no imprescindible, como demuestra la experiencia de muchos países inequívocamente liberal-democráticos que carecen de ella. A ello hay que añadir que la exigencia constitucional de un procedimiento preferente y sumario tiene como objetivo simplemente dar una respuesta rápida a las lesiones de derechos fundamentales y, en este sentido, su significación es esencialmente pragmática”²⁴.

De esa manera entonces, la dimensión objetiva queda muy claramente delimitada en la actuación del Tribunal Constitucional como garante último de los derechos fundamentales y dentro de un proceso, como ya se ha dicho, de carácter residual y subsidiario. Inclusive, y a mi juicio, la dimensión objetiva se ve claramente expuesta en el criterio jurisprudencial vertido por el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 78/1988 de 27 de abril de ese año, puesto que en el fundamento jurídico 1 menciona que “[...] es de destacar, una vez más, que este recurso no constituye una nueva instancia judicial, sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales, que tiene un auténtico plazo de caducidad para la correspondiente acción ejercitable ante este Tribunal”²⁵.

Tal parece que la dimensión objetiva queda bastante bien clarificada y visible dentro del propio recurso de amparo constitucional español, pero la verdadera dificultad de ver si realmente se cumple esa dimensión en toda su extensión y si es que la dimensión subjetiva también es visible con igual certeza radica en preguntarse: ¿para qué sirve que los particulares puedan llevar al

23 RODRÍGUEZ GAONA, Roberto – “Notas para el estudio del recurso de amparo constitucional en España”, artículo publicado en el repositorio digital de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (UAEH), México, p. 6. disponible en: http://repository.uaeh.edu.mx/bitstream/bitstream/handle/123456789/12509/notas_estudio_rec.pdf?sequence=1. (Último acceso: 11/03/17 a las 23:15)

24 Díez-PICAZO, Luis María – “Sistema de Derechos...”, op. cit., p. 101.

25 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 78/1988, fundamento jurídico 1.

Tribunal Constitucional las pretensiones de protección de derechos fundamentales que ya han sido desestimadas por los tribunales ordinarios?

Al respecto, Díez-Picazo menciona que “[...] en ese punto, la respuesta es doble. Por un lado, existía en el período constituyente cierta desconfianza hacia la sensibilidad de la judicatura para hacer cumplir las normas constitucionales y, en particular las relativas a derechos fundamentales. Ello explicaría la apertura de una vía por la que el Tribunal Constitucional pudiera revisar las resoluciones de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales. No se olvide que el Tribunal Constitucional, aunque sólo sea por el modo de designación de sus miembros, refleja un tipo de cultura jurídica distinta a la imperante entre los jueces de carrera. Por otro lado, aunque más de veinticinco años después quepa afirmar que la judicatura ha interiorizado el espíritu constitucional, el recurso de amparo cumple siempre una función de unificación de criterios de interpretación y aplicación de las normas sobre derechos fundamentales, particularmente necesaria en una organización judicial caracterizada por su división interna por órdenes jurisdiccionales. Y siempre, en esta línea, hay que destacar el alto valor que, para la formación de la cultura jurídica, tiene el hecho de que los ciudadanos sepan que pueden llevar, por sí solos, sus agravios en materia de derechos fundamentales ante el máximo custodio de la Constitución”²⁶.

Por tanto, la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional contribuye a crear una imagen colectiva de los derechos fundamentales como genuinos derechos subjetivos plenamente accionables por sus titulares, sin necesidad de intermediación o visto bueno de autoridad alguna; es decir, hace creíble la idea de que el rango jerárquico o supremo de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico no la priva de idoneidad para ser invocada por los particulares, puesto que la Constitución debe ser entendida como norma suprema y no solamente como norma dirigida únicamente al legislador.

Ello a su vez permite entender de mejor manera el ámbito de tutela del recurso de amparo constitucional en el ordenamiento jurídico español, que comprende la protección de los derechos fundamentales relacionados con el artículo 53.2 de la Constitución española en contra de los actos del poder público. “[...] Queda excluido el control de constitucionalidad de las leyes y «casi» el control de legalidad. En la práctica del Tribunal Constitucional es posible encontrar protección por error in procedendo. Es más, la propia conducta del citado Órgano ocasiona una suerte de casación, lo cual genera que la dimensión objetiva no cumpla muchas veces su cabal objetivo o se extienda de los límites de su función constitucional”²⁷.

26 DÍEZ-PICAZO, Luis María – “Sistema de Derechos...”, op. cit., p. 102.

27 RUBIO LLORENTE, Francisco – “Derechos Fundamentales...”, op. cit., p. 47.

De allí que, como ya se ha mencionado antes, la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional en el ordenamiento jurídico español, entraña la protección y garantía jurisdiccional y constitucional de: a) Los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo 2º del Título I de la Constitución (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); b) La igualdad consagrada en el artículo 14 constitucional (art. 41.1.LOTC); c) La objeción de conciencia del numeral 30 de la *lex legum* (art. 41.1.LOTC); d) En materia de derechos fundamentales políticos en el caso del artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General; y, e) Eventualmente y a través del espectro tutelador del artículo 24 constitucional, el control de legalidad de las resoluciones del Poder Judicial.

En cuanto a la procedencia, siempre se da “[...] en contra del poder público y no, estrictamente, en contra del poder de los particulares, con todo y la favorable interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado”²⁸. En efecto, el recurso de amparo constitucional procede en contra de los actos violatorios provenientes de los siguientes Poderes: a) En contra de las decisiones o actos sin valor de ley de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o bien, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En este supuesto el plazo de interposición del amparo es de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de los órganos el acto conculcatorio sea firme (art. 42 LOTC); b) En contra de actos jurídicos o simple vías de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes. Es menester agotar previamente la vía judicial. El de interposición es de veinte días siguientes a la notificación recaída en el previo proceso judicial. (Art. 43 LOTC); c) En contra de las acciones u omisiones del órgano judicial, siempre que cumpla con el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial; que la violación sea inmediata y directamente imputable a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso; y, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. El plazo de interposición del amparo es de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44 LOTC); d) En materia electoral contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, una vez agotado el recurso ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo, en el supuesto del artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General; y, e) En contra de actos de los Ayuntamientos y los Colegios Profesionales.

28 GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio – “Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares”, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 1986, p. 59.

Y en cuanto a la legitimación, no solo el directamente afectado tiene legitimación, sino también determinadas instituciones: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. A esto, suele replicarse que “[...] precisamente la disponibilidad inmediata del recurso de amparo a los particulares ha creado una enorme carga de trabajo sobre el Tribunal Constitucional, que dificulta el adecuado cumplimiento de otra de sus funciones, incluido el control de constitucionalidad de las leyes; y se añade que, por ello, sería conveniente endurecer los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo y restringir su ámbito de aplicación. Esto es precisamente lo que ha buscado la reforma de 24 de mayo de 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: inspirándose en la llamada facultad de certiorari de que goza el Tribunal Supremo norteamericano, se da una amplia discrecionalidad para decidir qué recursos de amparo merecen ser admitidos. Según este modo de ver las cosas, el recurso de amparo debería tender a la objetivación; es decir, debería orientarse –preferentemente, sino exclusivamente– a resolver aquellos asuntos que plantean problemas de alcance general en materia de derechos fundamentales y que, por consiguiente, pueden hacer progresar la jurisprudencia constitucional”²⁹.

Se deduce entonces que la dimensión subjetiva, por su parte, se ve plasmada o reflejada justamente en la determinación que hace tanto la Constitución española, como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) respecto a la legitimación activa que tienen los individuos y ciertas instituciones u organismos para hacer valer los derechos subjetivos.

Sin embargo, esa determinación que hace el artículo 53 de la Constitución española, en sus numerales 1 y 2, y que luego se ve plasmada en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, supone como ya se ha analizado anteriormente, que el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos en los términos establecidos por la propia Ley, frente a violaciones de los derechos y libertades susceptibles de protección por esa vía, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Por tanto, parece ser que la dimensión subjetiva plantea, al menos, dos cuestiones problemáticas. “[...] La primera, derivada del olvido de toda alusión a los particulares, se concreta en el agudo problema de cómo articular en sede constitucional la tutela de los derechos protegibles por esta vía cuando su violación provenga de particulares, esto es, se haya producido en el marco de unas relaciones jurídicas “inter privados”. La segunda cuestión tiene que

29 DÍEZ-PICAZO, Luis María – “Sistema de Derechos...”, op. cit., p. 102

ver con la concreción de lo que ha de entenderse por “poderes públicos” a los efectos que nos ocupan”³⁰.

En ese sentido, pareciera ser que la problemática que en un primer momento pudiere surgir respecto a la dimensión subjetiva del recurso de amparo constitucional en el ordenamiento jurídico español, tiene que ver con que se ha dejado a un lado la llamada doctrina alemana de la “Drittwirkung Grundrechte”, que en español vendría a traducirse como la doctrina de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *“[...] La doctrina en cuestión admite que existen derechos que trascienden la tradicional esfera relacional poderes públicos / ciudadanos, para garantizar a cada ciudadano un “status socialis” en sus relaciones jurídicas con los demás y, de modo muy especial, con los grandes grupos y organizaciones socio-económicas. Ahora bien, si en el primer ámbito relacional los derechos siguen operando con una eficacia directa, en el segundo marco de relaciones, los derechos tan sólo tienen una eficacia mediata o indirecta, integrándose en los actos normativos por los que se regulan las relaciones privadas y, en el supuesto de lagunas normativas, correspondiendo a los jueces reconocer, en su caso, la eficacia de estos derechos a través de las llamadas cláusulas generales”*³¹.

Empero, la canalización de la dimensión subjetiva a través del rol que cumple el Tribunal Constitucional como “intérprete de la Constitución” es resuelta por el propio Tribunal Constitucional español cuando advierte que todas las controversias sobre derechos de los particulares son susceptibles de ser puestas a conocimiento de los jueces ordinarios, y respecto al cuestionamiento sobre si cabe recurso de amparo cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas o provienen de la actuación de un particular, el Tribunal Constitucional español ha entendido que *“[...] cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia del órgano jurisdiccional ordinario no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión”*³².

Consecuentemente, pareciera que existe una amplia interpretación respecto de la eficacia constitucional del recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales emanadas de los poderes públicos por parte del Tribunal Constitucional, pero se deja a un lado la interpretación de la dimensión subjetiva cuando esa vulneración ha sido producida por particulares.

30 FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco – “El recurso...”, op. cit., p. 6.

31 Id. Ibídem, p. 7.

32 Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 55/1983, foja 4.

Empero, el Tribunal Constitucional ha intentado sentar una doctrina de que los derechos fundamentales no solamente se limitan a operar frente a los poderes públicos, sino que se proyectan en la vida social, vinculando de esa forma también a los particulares. Ya en su sentencia 18/1984, el Tribunal Constitucional español trató de explicar la omisión del amparo frente a particulares que hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), aduciendo que “[...] *la concretización que de la Lex superior hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (al establecer la posibilidad de amparo tan sólo frente a las disposiciones, actos o simples vías de hecho de los poderes públicos) no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, pues en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1.1 CE no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), y de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de estos derechos y libertades, cuando los poderes públicos han violado tal deber*”³³.

Ahí quedaría superada, al menos teóricamente la dimensión subjetiva, aunque de manera práctica todavía podría presentarse un poco invisible en cuanto a que la armonía formal entre derechos subjetivos y valores objetivos queda supeditada más hacia los actos de los poderes públicos que hacia el pleno reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos y libertades provenientes de las relaciones entre particulares (“*inter privatos*”).

Empero, cierta parte de la doctrina jurídica española ha rechazado la viabilidad de una “mutilación” en esa doble función constitucional asignada al recurso de amparo, pues como bien señala Pablo Pérez Tremps: “[...] *a menudo la contraposición (entre la dimensión objetiva y subjetiva del recurso) peca de un cierto simplismo, ya que ambas dimensiones están estrechamente conectadas y, seguramente, sería absurdo defender una visión objetiva del recurso de amparo que prescindiera de la defensa concreta de situaciones subjetivas. Antes bien, el diseño procesal del recurso se basa en su función de tutela de los derechos subjetivos (y de situaciones subjetivas), hasta el punto de que,*

33 Véase sentencia Tribunal Constitucional español, STC 18/1984, foja 3.

*como se ha visto, queda excluida la posibilidad de interponer recursos de amparo cuya finalidad no sea la tutela de un derecho*³⁴.

En definitiva, entonces, la dimensión objetiva está ceñida a la competencia dada por ley, como ya se ha analizado anteriormente, al Tribunal Constitucional para que éste conozca el recurso de amparo por violación a los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución española. Y, en cambio, la dimensión subjetiva se ve supeditada a la titularidad que tienen los individuos para interponer este recurso frente a actos o vulneraciones de los poderes públicos que afecten derechos fundamentales, pero dicha dimensión sólo se canaliza a través de un procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad y atendiendo al carácter subsidiario y residual del recurso.

Es decir, no puede interponerse recurso de amparo constitucional sin antes haber agotado la jurisdicción interna y no se permite el amparo contra actos entre particulares, pues como señala Enoch Albertí Rovira: “[...] *la cuestión no reside en el reconocimiento de esta doble dimensión del amparo constitucional, sino en la proporción que se otorgue a cada una de ellas*”³⁵.

Análisis jurídico de la función constitucional de la acción de protección (anterior recurso de amparo) en Ecuador.-

Para empezar a analizar la función constitucional de la acción de protección (antes llamado recurso de amparo) en Ecuador, resulta imprescindible mencionar la importancia que tiene la jurisdicción constitucional dentro del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que mantiene actualmente el Estado ecuatoriano y que configura su ordenamiento jurídico.

Esta jurisdicción constitucional orgánicamente estructurada, “[...] además de proteger el derecho en el ámbito objetivo-normativo (Constitución como norma suprema frente a la ley) debe profundizarse con la justicia constitucional en el ámbito subjetivo-humano para proteger los derechos como expresiones de la dignidad humana (titularidad subjetiva de las personas frente a las violaciones). Sin que por ello estos dos aportes en los ámbitos objetivo-normativo y subjetivo-humano deban contraponerse, sino más bien complementarse a través de la denominada doble función de la justicia constitucional, esto es defender la Constitución y proteger los derechos constitucionales (puesto que

34 PÉREZ TREMPES, Pablo – “Comentario al artículo 41 LOTC”, artículo en: vol. col. “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (coord. Juan Luis Requejo Pagés), Edit. TC y BOE, Madrid, 2001, pp. 634-635.

35 ALBERTÍ ROVIRA, Enoch – “El recurso de amparo a revisión”, artículo en: vol. col. “La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor F. Rubio Llorente”, Edit. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2002, p. 1823.

*tanto las normas como los derechos forman parte del ordenamiento jurídico y son importantes)*³⁶.

De esa manera entonces, los órganos de justicia constitucional realizan una doble función como garante de la Constitución, una objetiva de defensa e interpretación de la norma fundamental, y otra subjetiva de defensa de intereses y derechos concretos y específicos, funciones que no se contraponen puesto que no hay defensa de la Constitución (función objetiva) si no hay defensa de derechos (función subjetiva), debiéndose en su caso constitucional conectar los intereses subjetivos en juego y la trascendencia objetiva del asunto constitucional que se esté analizando.

En efecto, Pablo Pérez Tremps menciona que “[...] el trabajo de la justicia constitucional debe ser fundamentalmente de garante de la Constitución, como intérprete supremo de ésta, actualizando el alcance de sus contenidos, adecuándolos a las cambiantes circunstancias políticas, sociales y culturales. [...] Cumple así la justicia constitucional una función objetiva de defensa e interpretación de la norma fundamental, e íntimamente ligada a ella, la justicia constitucional cumple una función subjetiva, de defensa de intereses concretos y específicos. No se trata de dos concepciones distintas de la justicia constitucional, ni de principios contrapuestos de la misma. No hay defensa de la Constitución, sino hay defensa de derechos e intereses. Los órganos encargados de administrar justicia constitucional deben poder valorar de manera liminar la viabilidad formal y material de una demanda constitucional, partiendo de tres supuestos: base legal para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del asunto”³⁷.

En el sistema jurídico constitucional ecuatoriano, la protección objetiva-subjetiva de la Constitución se inicia con los jueces ordinarios, puesto que tal y como señala el artículo 11, numeral 8 de la Constitución ecuatoriana de 2008 (Constitución vigente), los derechos y garantías serán de directa e inmediata aplicación y ahí entra justamente la acción de protección como una garantía jurisdiccional llamada a defender los derechos fundamentales de las ecuatorianas y los ecuatorianos.

De esa manera entonces, el artículo 88 de la Constitución, consagra a la nueva acción de protección, garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en relación a la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución de 1998. Mientras la naturaleza de la acción de amparo

36 MOGROVEJO JARAMILLO, Diego – “La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial”, tesis de maestría, Quito, 2011, en el repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador (UASB), en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2861/1/T1012-MDE-Mogrovejo-La%20admisibilidad.pdf>, p. 33. (Último acceso: 20/03/17 21:45)

37 PÉREZ TREMP, Pablo – “Comentario al artículo 41...”, op. cit., p. 637.

constitucional fue meramente cautelar, la acción de protección aparece como un proceso de conocimiento, declarativo (puede revisar el fondo de un asunto controvertido) y no residual. Más aún, vía acción de protección, el juez constitucional se encuentra en la obligación de declarar la violación a un derecho fundamental y reparar las consecuencias que puede generar. Aquella reparación, abarca medidas positivas como negativas, materiales e inmateriales, lo que convierte a esta acción, en un mecanismo constitucional eficaz y adecuado para la protección de derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto a la acción de protección, el artículo 86 numeral 3 de la actual Constitución, eliminó el carácter meramente cautelar inherente al amparo, y confirió a los jueces constitucionales la potestad de ordenar mediante sentencia la reparación integral, material e inmaterial y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario judicial, y las circunstancias en que debe cumplirse.

Por tanto, ha de entenderse que la acción de protección podrá interponerse cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales y de los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que procede contra los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales (no decisiones judiciales), que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; contra políticas públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías; contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías; contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: presten servicios públicos impropios o de interés público; presten servicios públicos por delegación o concesión; provoque daño grave; o que la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; y, contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Como se puede apreciar, la dimensión objetiva es bastante extensa en cuanto al ámbito de protección y sobre los asuntos que tiene competencia los juzgadores ordinarios que conocen de las violaciones a derechos fundamentales en esos asuntos antes citados.

Lo que pretende la dimensión objetiva de la acción de protección en Ecuador es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona

particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Consecuentemente, quien conoce de la acción es cualquier juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Si existen dos o más jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Además, las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la correspondiente Corte Provincial de Justicia. Cuando haya más de una sala, habrá un sorteo para la competencia de una de ellas. La apelación no suspende la ejecución de la sentencia cuando el apelante fuere la persona o entidad demandada. Finalmente si es que en sentencia de segunda instancia se deniega la acción de protección (que es de carácter ordinaria), se podrá interponer la acción extraordinaria de protección que tiene carácter residual y subsidiaria (una vez agotada toda la vía ordinaria) y de ésta tendrá conocimiento la Corte Constitucional.

Por tanto, la dimensión objetiva de la acción de protección en Ecuador se basa en la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en la declaración de la violación de uno o varios derechos; y, en la reparación integral de los daños causados por la violación de uno o varios derechos. Cuando en la sentencia de una acción de protección se haya declarado la violación a un derecho o a varios derechos, se debe ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial producido. Dicha reparación integral va encaminada a que se restablezca la situación al estado anterior a la violación del derecho humano, en los casos en que fuera posible.

Al respecto, Pablo Alarcón Peña señala que: “[...] la acción de protección está íntimamente conectada al amparo de derechos constitucionales, y no de orden legal u ordinarios. Bajo esos parámetros, resulta innecesario someter al afectado al agotamiento de recursos judiciales o administrativos. Cada proceso tiene su propia naturaleza, su propio ámbito de protección, su propio fin, y es deber de la justicia constitucional y ordinaria determinar a partir de sus fallos las circunstancias bajo las cuales cada una de ellas debe operar”³⁸.

Por su parte, la Constitución al determinar que cualquier persona, grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda presentar cualquier acción prevista en la Constitución, nos indica que no se requiere ser el titular ni comparecer con poder o representación tal cual ocurre en la justicia ordinaria,

38 ALARCÓN PEÑA, Pablo – “Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinización de la acción de protección?”, tesis de maestría, Quito, 2009, en el repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador (UASB), en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/332/1/T711-MDE-Alarc%C3%B3n-Acci%C3%B3n%20de%20protecci%C3%B3n.pdf> (Último acceso 21/03/17 22:15)

sin embargo, de conformidad con los literales a) y b) del artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), contraviniendo lo expresado en la Constitución; se determina que para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y la Ley, podrán ser ejercidas siempre que actúe por sí misma o por intermedio de un representante o apoderado y por el Defensor del Pueblo. Es decir el *actio popularis* que reconoce la Constitución se reduce a la teoría clásica del derecho subjetivo que tienen como característica ser personales, personalísimos, donde solo el titular de un derecho tiene la titularidad ante la justicia.

De esa manera, Ramiro Ávila sostiene que: “[...] cuando la ley habla de que solo puede presentar la acción de protección o cual otra garantía las personas por sus derechos o sus representantes y apoderados, habrá que entender que representante es aquella persona que lo hace sin mandato a diferencia de apoderado, y que “representa” hasta que comparezca la víctima y ratifique o desapruebe lo actuado por el sujeto que actúa de manera ad-hoc”³⁹.

Ahí existiría una complicación en cuanto a la dimensión subjetiva puesto que la eficacia directa y sumarial con que los titulares del derecho pueden presentar la acción de protección puede verse afectada cuando necesita de representante o apoderado o cuando se señala que existe otra vía idónea para hacer valer el reclamo de la pretensión que se está demandando.

La dimensión subjetiva se ve afectada entonces por la contradicción existente entre lo que dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), y lo que señala la norma constitucional, puesto que se entiende que “[...] cuando se dispone que la acción de protección proveerá un “amparo directo”, se entiende que al existir violación o riesgo de violación de un derecho constitucional, no puede interponerse ni exigirse acción procesal alguna adicional que dilate la obtención de una decisión. El nexo entre derecho y garantía es inmediato, justamente porque pretende ser eficaz, y por lo tanto, aún con los postulados constitucionales garantistas”⁴⁰.

Por ende, la gravedad y el daño que puede implicar la vulneración real o potencial de un derecho fundamental exige que la garantía jurisdiccional o constitucional opere de manera oportuna y eficaz. Por esta razón, considero que la dimensión subjetiva está muy bien considerada en la Constitución cuando reconoce a los individuos como accionantes y titulares de derechos a ser reclamados en la justicia ordinaria y luego de manera extraordinaria en la justicia constitucional, pero es la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional la que tratando de ordinarizar dicha acción, no facilita

39 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro – “Los derechos y sus garantías: ensayos críticos”, Edit. V&M Gráficas, Quito, 2011, p. 193.

40 Id. Ibídem.

radicalmente el acceso a dicha garantía, sino que termina restringiendo la dimensión subjetiva de la misma.

Semejanzas y diferencias sobre el rol del juez constitucional y de los jueces ordinarios y de la garantía de derechos constitucionales y no ordinarios y de la protección de derechos fundamentales como proceso residual y subsidiario.-

Como se ha analizado en líneas anteriores, el rol del juez constitucional en el caso del recurso de amparo en España, es el de intérprete de la Constitución y garante de la protección de los derechos y libertades que se reclamen por vía de amparo constitucional. Empero, el Tribunal Constitucional español *“[...] no ejerce en este campo un monopolio, como en el supuesto del control de constitucionalidad de las leyes, sino que comparte esta competencia con los tribunales ordinarios. En este sentido el art. 53.2 CE parece establecer una doble protección jurisdiccional de los derechos y libertades: por un lado, la tutela por parte de los tribunales ordinarios, o lo que se ha dado en llamar el <<amparo ordinario>>, y, por otro, el amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional”*⁴¹.

Se asemeja mucho el rol del juez constitucional al que tiene el juez de la Corte Constitucional en Ecuador respecto de la acción extraordinaria de protección, pero se diferencia el recurso de amparo español de la acción de protección ecuatoriana porque el primero es de carácter constitucional; en cambio, el segundo es de carácter ordinario y no es subsidiario ni residual como lo es la acción extraordinaria de protección que es la que, para efectos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se tramita en sede constitucional.

En cuanto al rol del juzgador en Ecuador y para efectos de la acción de protección, la actual Constitución otorga al juez constitucional y en general a los jueces ordinarios la importante tarea de materializar los postulados, principios y valores que establece el texto constitucional. La tarea del juez constitucional reviste especial trascendencia para este propósito en tanto a éste le corresponde difundir a través de sus fallos los nuevos postulados constitucionales. Se diferencia del rol del juzgador en el recurso de amparo español, porque el juzgador constitucional en el ámbito jurídico español está supeditado a un procedimiento de carácter subsidiario y residual y no es directo como podría ser la acción de protección en Ecuador.

Esto supone que *“[...] el recurso de amparo no está concebido como un procedimiento para el control directo y abstracto de la constitucionalidad de una ley por presunta violación en la misma de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino como un remedio para reparar las lesio-*

41 ÁLVAREZ CONDE, Enrique – “Curso de Derecho Constitucional”, vol. II, 6ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 417-418.

nes que en tales derechos y libertades se hayan efectivamente producido por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos”⁴², mientras que la acción de protección es ordinaria y sí puede ser interpuesta por actos cometidos por particulares e incluso por la afectación que una ley establezca a los derechos fundamentales, sin perjuicio de iniciar otra acción por inconstitucionalidad de la misma.

Conclusiones.-

En cuanto al recurso de amparo previsto en el ordenamiento jurídico español, la dimensión objetiva del recurso de amparo está presente o circunscrita en la calidad de residual y subsidiario que tiene este recurso, pues ha de entenderse que este recurso no puede ser considerado como una nueva instancia judicial de tutela de los derechos, como una suerte de segunda o tercera instancia judicial en la protección de los derechos, respecto de la tutela que de los mismos corresponde llevar a cabo a la jurisdicción ordinaria en base al procedimiento “preferente y sumario” a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución española, y la dimensión subjetiva reposa en dotar de titularidad de derechos a los particulares y al Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal pero sólo ante vulneración de derechos fundamentales que devienen de actos de los poderes públicos, excluyendo así las relaciones entre particulares, lo cual lo convierte en un procedimiento subsidiario, residual e indirecto.

En cuanto a la acción de protección en Ecuador, ésta resulta ser más una acción de tipo jurisdiccional más que constitucional, pues para el último caso se ha previsto la acción extraordinaria de protección, con lo cual la dimensión objetiva descansa en el control difuso que hacen los jueces ordinarios respecto de vulneraciones de derechos fundamentales, y la dimensión subjetiva es más amplia que en el recurso de amparo español, pues prevé su interposición para relaciones entre particulares y es de manera directa y no subsidiaria ni residual.

Bibliografía:

En libros y revistas:

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch – *“El recurso de amparo a revisión”*, artículo en: vol. col. *“La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor F. Rubio Llorente”*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2002.

⁴² Véase sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 113/1987, de 3 de julio de 1987.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique – *“Curso de Derecho Constitucional”*, vol. II, 6ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro – *“Los derechos y sus garantías: ensayos críticos”*, Edit. V&M Gráficas, Quito, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis María – *“Sistema de Derechos Fundamentales”*, serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, 3ª Edición, Edit. Thomson Civitas, España, 2008.

FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco – *“El recurso de amparo en España”*, artículo publicado en: *“Revista Jurídica Artigos”*, Presidencia de la República de Brasil, vol. 7, agosto/septiembre/, Brasilia, 2005.

GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio – *“Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares”*, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 1986.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén – *“Prerrogativa y Garantía”*, Edit. Eumed, Costa Rica, 1995.

J. BASTIDA, Francisco / Villaverde, Ignacio / Requejo, Paloma y otros – *“Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*, Edit. Tecnos, Madrid, 2004.

JELLINEK, Georg – *“Teoría general del Estado”*, trad. y pról. de Fernando de los Ríos, Edit. Fondo de Cultura Económica, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique – *“Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución”*, 10ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ TREMPs, Pablo – *“Comentario al artículo 41 LOTC”*, artículo en: vol. col. *“Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”* (coord. Juan Luis Requejo Pagés), Edit. TC y BOE, Madrid, 2001.

RUBIO LLORENTE, Francisco – *“Derechos Fundamentales y principios constitucionales”*, Edit. Ariel, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ GAONA, Roberto – *“Notas para el estudio del recurso de amparo constitucional en España”*, artículo publicado en el repositorio digital de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (UAEH), México.

INMUNIDAD PARLAMENTARIA: ANÁLISIS DESDE LA VISIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Abg. Damián Armijos Álvarez 



Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca.

Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y candidato a magíster en Derecho Constitucional por la misma institución de Educación Superior. Fundador y Presidente de Juristas Ecuador.

Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Revista Indexada de Actualidad Jurídica *Essentia Iuris*.

Abg. Damián Armijos Álvarez¹

I. INTRODUCCIÓN II. CLASES DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y SU RELACIÓN CON EL FUERO III. PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA NECESIDAD DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA IV. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN LA ERA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Declaración de Derechos inglesa de 1689 “*The Bill Of Rights*”, es uno de los instrumentos más importantes en la historia de los órganos legislativos, se trata de un documento compuesto por XIII artículos, en los cuales se cimientan las bases de la independencia del poder legislativo de la actividad ejecutiva, su trascendencia radica en la imposición que hiciera el parlamento inglés al Rey Guillermo de Orange antes de instalarse en el trono, de comprometerse a respetar los derechos, mismo que habría sido quebrantado por sus antecesores pese a sus juramentos.

The Bill of Rights fundamenta lo que conocemos como inmunidad parlamentaria, al contemplar en su artículo IX “Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento”².

La prohibición de juzgamiento se asume como una inmunidad y la calidad de legislador es la condición indispensable para que ésta se active, es posible pensar que se trata de un privilegio, sin embargo éste no es posible sino se detenta la legislatura, en consecuencia, no es un beneficio que recae sobre la persona sino sobre el cargo, lo que motiva a sostener que lejos de considerarse un privilegio, es una garantía (en principio)³, pues la inmunidad existe para que los legisladores puedan cumplir su función libres de toda forma de amenaza.

La existencia de estas características es suficiente para afirmar la existencia de la inmunidad parlamentaria en un Estado. No es imprescindible la

1 Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y candidato a magíster en Derecho Constitucional por la misma institución de Educación Superior. Fundador y Presidente de Juristas Ecuador. Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Revista Indexada de Actualidad Jurídica *Essentia Iuris*.

2 “www.unav.edu” Bill Of Rights, consultada 30 marzo, 2017, [http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Bill%20of%20Rights%20\(1689\).pdf](http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Bill%20of%20Rights%20(1689).pdf)

3 Sobre este particular, me referiré nuevamente al abordar las clases de inmunidad.

expresión literal “inmunidad parlamentaria” en el texto Constitucional para afirmar o negar su existencia, sino la identificación de sus rasgos. (Como el ex presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, Arq. Fernando Cordero, afirmó en una nota publicada por Ecuador Inmediato consultada el 30 de marzo de 2017 “Tenemos que analizar el Ecuador de antes del 2008, y el Ecuador después del 2008. Si leemos con cuidado el conjunto de artículos constitucionales, en particular el 138 de la Constitución, vamos a ver que estamos frente a otra situación. La palabra inmunidad no existe en la Constitución, esa palabra fue intencionalmente desaparecida por quienes fuimos asambleístas constituyentes en Montecristi” y a continuación explicó “Lo que hemos hecho es recuperar la esencia de esta institución de protección a la capacidad de legislar y fiscalizar de los asambleístas o legisladores. Los asambleístas no tendremos, en el Ecuador, ninguna posibilidad de imputación, ni civil, ni penal cuando se trate de estas actuaciones como parlamentarios como legisladores, esto significa, mientras estamos en el proceso de formulación de leyes no seremos responsables ni civil, ni penalmente por las opiniones y por los votos que hagamos en los procesos legislativos. Tampoco lo seremos en el caso de cualquier iniciativa para eliminar este mal, este fenómeno mundial, que es la corrupción⁴.” Como se ve, la interpretación del funcionario es contradictoria.

Por regla general, todo ciudadano es responsable de sus actuaciones, sustraer sus responsabilidades de la actividad judicial genera una situación de desigualdad, por lo tanto, al ser una excepción a la igualdad ante la ley, cuyo reconocimiento tiene origen en la Constitución⁵, es necesario que la inmunidad parlamentaria igualmente sea producto de la actividad constituyente, en esta medida, el reconocimiento de inmunidades por la vía legal (infra constitucional) es controvertible.

La inmunidad⁶ como excepción al principio de igualdad ante la ley, tiene sustento en las funciones que debe cumplir un legislador, en razón de las cuales, tampoco se encuentra en igualdad de condiciones con relación al resto de ciudadanos, toda vez que sus opiniones y decisiones están sujetas al escrutinio social de manera permanente, en tanto que, su deber fiscalizador, puede

4 “Inmunidad parlamentaria ya no existe en nueva Constitución, subraya Fernando Cordero”, Ecuador Inmediato, 12 abril, 2013, consultado 30 marzo, 2017, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195008.

5 La igualdad como principio de aplicación de los derechos se encuentra establecida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución ecuatoriana, y como derecho de libertad se encuentra determinada en el artículo 66 numeral 4 ibídem.

6 En general, al hablar sobre la inmunidad en el presente ensayo, me refiero exclusivamente a la inmunidad parlamentaria.

significar una amenaza para las autoridades que detentan el poder público, en razón de lo cual, estas últimas podrían intentar acciones en contra de los legisladores impidiendo el cumplimiento cabal de su actividad, lo que genera la necesidad de establecer garantías en su favor.

Cabe destacar en este punto que la soberanía popular es el fundamento de toda autoridad⁷, en este sentido, las potestades de las autoridades públicas, entendidas por tales a sus atribuciones y garantías, no pueden ser menoscabadas o renunciadas por ser éstas inherentes al cargo y no a la persona que lo detenta. Esta aclaración es pertinente por cuanto, no en pocas ocasiones, en la palestra política se ha ofrecido⁸ e invitado⁹ a los legisladores a renunciar a la inmunidad parlamentaria, como si se tratase de una prerrogativa personalísima susceptible de abdicar.

II. CLASES DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y SU RELACIÓN CON EL FUERO

Hernán Salgado sostiene que la doctrina tradicional ha desdoblado a la inmunidad en dos tipos: inmunidad de fono y la inmunidad de procedimiento.¹⁰

a) Inmunidad de fondo

Por la inmunidad de fondo, el legislador es intangible, no tiene responsabilidad alguna por el ejercicio de sus actividades, frente a las cuales goza de absoluta protección de toda forma acción presente o futura¹¹ tendientes a responsabilizarlo jurídicamente.

La inmunidad de fondo, en el caso ecuatoriano, se encuentra prevista en el inciso primero del artículo 128 de la Constitución que dice:

7 “La soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. Constitución de la República del Ecuador, artículo 1, inciso 2.

8 “José Serrano está dispuesto a perder la inmunidad parlamentaria, si resulta electo”, El Comercio, 02 diciembre, 2016, consultado 31 marzo, 2017, <http://www.elcomercio.com/actualidad/joseserrano-perder-inmunidad-elecciones2017-asambleanacional.html>.

9 En relación a las acusaciones de falta de probidad notoria que hicieran legisladores ecuatorianos en contra del Fiscal General del Estado, el presidente de la República Rafael Correa invitó a los Asambleístas a renunciar a la inmunidad parlamentaria y deducir las denuncias del caso. “www.youtube.com”, Presidente de la República Rafael Correa – Tc Televisión, consultada 01 abril, 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=jaF-0BwxNqdU>

10 Hernán Salgado, Lecciones de Derecho Constitucional Cuarta Edición Actualizada. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 128.

11 No se puede admitir que un legislador sea juzgado por el ejercicio de sus funciones ni aun cuando haya cesado en su cargo.

“Art. 128.- Las asambleístas y los asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional.”

Son tres aspectos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula a favor de los legisladores como inmunidad parlamentaria de fondo, sobre las cuales me refiero a continuación.

Opinión.- *Consideramos que este derecho se configura como la potestad inalienable de las personas de formular y emitir juicios propios sobre cualquier asunto público o privado, sin que por ello pueda ser afectado y/o restringido cualquiera de los derechos de quien expresa su opinión; es en ese sentido un derecho absoluto, pues no admite que se legitime jurídicamente ningún tipo de retaliación que puedan generar las opiniones de una persona, o dicho en negativo, toda retaliación que afecte los derechos de una persona a causa de sus opiniones es necesariamente antijurídica y contraria a las nociones¹².*

Cabe puntualizar que el criterio expuesto en torno al derecho de opinión no se dirige únicamente al que recae sobre los legisladores, sino les asiste a todas las personas, en consecuencia, el constituyente¹³ no otorgó beneficio alguno a los legisladores, pues ninguna persona puede ser juzgada por sus opiniones, ya que para contrarrestar una opinión contraria a la que se puede sostener, cabe el derecho a la réplica.

De lo expuesto, es posible sostener que la inmunidad en relación con la opinión no representa ninguna garantía adicional para el legislador, posiblemente el constituyente tuvo la intención de proteger la libertad de expresión del legislador, tal como fue determinada en *The Bill of Rights*, sin embargo, no podría interpretarse más allá de lo que reza el texto constitucional en virtud del mandato de interpretación literal de la norma suprema¹⁴.

A pesar de lo expuesto, la inmunidad *sobre la opinión* de los legisladores

12 Romel Jurado, “La formulación del Derecho Humano a la Comunicación” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) 44.

13 En general, me cuando me refiero al constituyente, lo hago en referencia a los autores de la Constitución.

14 “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.” Constitución del Ecuador, artículo 427.

se encuentra regulada en varias constituciones de América Latina como la argentina¹⁵, colombiana¹⁶, boliviana¹⁷, mexicana¹⁸, entre otras, lo que nos conduce a pensar que en efecto, a nivel regional se protege la inmunidad sobre la opinión y no sobre la expresión respecto de la cual pueden ejercerse formas de control, es decir, tiene consecuencias jurídicas.

En lo relativo a la inmunidad sobre las decisiones, éstas tienen que ver con la declaración de voluntad que cada legislador hace al momento de la votación en una sesión del Pleno de la Asamblea Nacional¹⁹, o en la Comisión Legislativa a la que pertenezca²⁰, sin que sea relevante si el voto fue de mayoría o minoría, sencillamente su decisión manifestada en el voto está protegida por la inmunidad.

Como última característica de la inmunidad de fondo tenemos a la irresponsabilidad del legislador en el ejercicio de sus actos, garantía que posibilita el ejercicio de la legislatura sin limitaciones, esto es, proponiendo proyectos de ley, requiriendo información a instituciones públicas, formulando denuncias contra actos de corrupción, fiscalizando los demás actos del poder público, etc., libres de cualquier acción contraria a estos actos. La inmunidad de fondo protege al legislador sin importar si se encuentra dentro o fuera de la sede legislativa, pero siempre deberá observarse que sus opiniones, actos y decisiones guarden relación con el libre ejercicio del mandato legislativo, esta inmunidad, a mi criterio, es irrenunciable.

b) Inmunidad de procedimiento

Bajo este criterio, el legislador no puede ser detenido o procesado sino en

15 “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”, Constitución de la Nación Argentina, artículo 68.

16 “Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.”, Constitución Política de Colombia, artículo 185.

17 Las asambleístas y los asambleístas gozarán de inviolabilidad personal durante el tiempo de su mandato y con posterioridad a éste, por las opiniones, comunicaciones, representaciones, requerimientos, interpelaciones, denuncias, propuestas, expresiones o cualquier acto de legislación, información o fiscalización que formulen o realicen en el desempeño de sus funciones no podrán ser procesados penalmente.”, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 151, inciso I.

18 “Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 61, inciso primero.

19 “Del Pleno.- El Pleno es el máximo órgano de decisión de la Asamblea Nacional. Estará integrado por la totalidad de las y los asambleístas.” Ley Orgánica de la Función Legislativa, artículo 7, inciso segundo.

20 “Las comisiones adoptarán sus decisiones por mayoría absoluta de sus integrantes”, ibíd., artículo 26, inciso segundo.

determinadas circunstancias y con arreglo a un procedimiento específico; no se trata de sustraerlo a la acción de la justicia, es decir, amparar al legislador con la impunidad ²¹.

Como lo señalé al inicio del presente estudio, la inmunidad, lejos de considerarse un privilegio, en principio, es una garantía, situación que varía cuando nos referimos a la inmunidad de procedimiento.

La inmunidad de procedimiento opera como una garantía cuando no se puede iniciar una causa penal en contra de un legislador sin la autorización previa del parlamento, con lo cual es posible evaluar en el caso concreto, si el inicio de la causa penal representa una consecuencia de la actividad legislativa (opiniones, decisiones y actos), en cuyo caso, el parlamento no debería extender la autorización requerida.

Opera como un privilegio cuando se prohíbe la privación de libertad de un legislador cuando existen las condiciones para que ésta proceda²², y también cuando se protege a los legisladores del inicio de cualquier causa penal por el cometimiento de todo tipo de infracciones, en las que se incluyen aquellas que son, a todas luces, ajenas al ejercicio de sus funciones²³.

Continuando con el análisis desde la Constitución ecuatoriana, el inciso segundo del artículo 128 señala:

“Para iniciar causa penal en contra de una asambleísta o de un asambleísta se requerirá autorización previa de la Asamblea Nacional, excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones. Si la solicitud de la jueza o juez competente en la que pide la autorización para el enjuiciamiento no se contesta en el plazo de treinta días, se entenderá concedida. Durante los periodos de receso se suspenderá el decurso del plazo mencionado. Solo se les podrá privar de libertad en caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada. Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo continuarán en trámite ante la jueza o juez que avocó el conocimiento de la causa.”

Según la Constitución ecuatoriana existen tres escenarios relacionados con la inmunidad de procedimiento. El primero tiene que ver con la autoriza-

²¹ Salgado, *ibíd.*, 129.

²² El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador establece la finalidad de la prisión preventiva y los requisitos que deben reunirse para que ésta opere.

²³ Según la Constitución ecuatoriana de 1998 para iniciar cualquier causa penal en contra de un legislador se requería de autorización previa del Congreso Nacional.

ción que debe extender la Asamblea Nacional para el inicio de una causa penal en contra de un asambleísta por infracciones relacionadas con el ejercicio de sus funciones, salvo las generadas por sus opiniones, decisiones y actos²⁴. En el segundo escenario, a modo de excepción, se prescinde de la autorización de la Asamblea Nacional para el inicio de una causa penal en contra de un asambleísta siempre que la infracción no se encuentre relacionada con el ejercicio de sus funciones²⁵. El último escenario tiene que ver con el privilegio que goza todo legislador de no ser detenido ni privado de su libertad sino por delito flagrante o sentencia condenatoria ejecutoriada.

A mi criterio, la inmunidad de procedimiento referida en el primer escenario, por ser una garantía, es irrenunciable; en tanto que el legislador podría renunciar a la inmunidad de procedimiento descrita en el segundo y tercer escenario, por tratarse de privilegios.

Si bien la excepción (segundo escenario) coadyuva a impedir la evasión de la justicia por parte de los legisladores, es discutible que sea una autoridad distinta de la Asamblea Nacional la que deba interpretar si un caso guarda o no relación con el ejercicio de las funciones de un asambleísta que le permitan prescindir de la autorización correspondiente, transmutando la prejudicialidad a la interpretación de la autoridad competente. Al respecto, cito dos casos ocurridos en Ecuador:

1. Luego de haberse declarado como temeraria y maliciosa la denuncia que hiciera el asambleísta Cléver Jiménez Cabrera y otros en contra del Presidente de la República Rafael Correa, el primer mandatario interpuso una querrela por injurias²⁶ en contra de aquellos. En este último caso, la defensa de Jiménez argumentó que se había violado la inmunidad parlamentaria de su defendido, en tanto que el abogado defensor del Presidente señaló que “la inmunidad parlamentaria no se aplica para casos que no se refieren al trabajo legislativo, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución y el 111 del Código Orgánico de la Función Legislativa”²⁷.

24 No se encuentran protegidos por la inmunidad de fondo delitos que guardan relación con el ejercicio de la potestad pública como el peculado, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, etc.

25 Es indiscutible que casos como el asesinato o accidentes de tránsito no guardan relación alguna con el ejercicio de las funciones de un legislador, por lo que la inmunidad de procedimiento no es aplicable en estas circunstancias.

26 “Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio”. Código Penal del Ecuador, artículo 494.

27 “Corte Nacional ratificó sentencia contra Jiménez” El Comercio, 15 enero, 2014, consultada 06 abril, 2017, <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/corte-nacional-ratifico-sentencia.html>

2. En el juicio número 17721-2013-1879²⁸ con origen en la denuncia por presunto *hackeo* electrónico²⁹ al correo del Presidente de la República, que interpuso el Dr. Alexis Mera, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en contra del señor Cléver Jiménez Cabrera y otros, el juez de la causa solicitó autorización a la Asamblea Nacional, por cuanto a la fecha de los hechos denunciados Jiménez se desempeñaba como Asambleísta por la Provincia de Zamora Chinchipe.

En el primer caso no se requirió a la Asamblea Nacional la autorización para el inicio de la causa penal pese a que la denuncia propuesta por Cléver Jiménez en contra del Presidente de la República fue en su calidad de Asambleísta³⁰, en este caso, al igual que en el segundo, la garantía de observar la inmunidad parlamentaria recae sobre la autoridad que solicita el inicio de la causa penal³¹, por lo que es pertinente que la autoridad competente, atienda siempre al vínculo que puede haber entre la causa que se pretende iniciar, con el ejercicio de la actividad parlamentaria.

Relación entre inmunidad y fuero

Es común que las autoridades que gozan de inmunidad también tengan fuero en su favor, lo que no significa que quienes tienen fuero necesariamente gocen de inmunidad. El fuero recae sobre las personas que se encuentran en ejercicio de una dignidad de elección popular o de altas magistraturas del Estado.

El fuero —institución propia del derecho público interno— es la garantía que se otorga a ciertas personas, en razón de su empleo, ministerio, actividad o procedencia étnica, con el fin de reservar a determinados funcionarios la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles por ellas perpetrados³².

En Ecuador tienen fuero de Corte Nacional de Justicia el Presidente o la Presidenta de la República, el Vicepresidente o la Vicepresidenta de la Repú-

28 “www.funcionjudicial.gob.ec”, Consulta de Causas, consultada 09 abril, 2017, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

29 “Se inicia nuevo proceso contra Jiménez y Villavicencio por presunto ‘hackeo’ del email del Presidente”, El Comercio, 12 agosto, 2016, consultada 09 abril, 2017, <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica-cleverjimenez-fernandovillavicencio-audiencia-hackeo.html>

30 La calidad de asambleísta se extrae del punto ii) del resumen de hechos y argumento aportados por las partes de la Resolución 6/2014. Medida Cautelar No. 30-14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

31 La solicitud la puede cursar el Fiscal General del Estado o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, según el caso.

32 Mario Madrid-Malo, 18 octubre, 2011 “Inmunidad, Fuero e Inviolabilidad”, marioenelblog, 18 octubre, 2011 <http://marioenelblog.blogspot.com/2011/10/inmunidad-fuero-e-inviolabilidad.html#!/2011/10/inmunidad-fuero-e-inviolabilidad.html>

blica, los Asambleístas y las Asambleístas, los Consejeros y las Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, las y los vocales del Consejo de la Judicatura, el Defensor o Defensora del Pueblo, la o el Contralor General del Estado, el o la Fiscal General del Estado, la Defensora o el Defensor Público General, el Procurador o la Procuradora General del Estado, los Ministros y Secretarías y Secretarios de Estado, el Secretario o Secretaria General de la Administración Pública, las y los Superintendentes, los Consejeros y las Consejeras del Consejo Nacional Electoral, los jueces y juezas del Tribunal Contencioso Electoral, los jueces de las Cortes Provinciales, y los suplentes de estas autoridades, cuando estuvieren subrogándolos³³. Los candidatos a dignidades de elección popular tienen el mismo fuero que corresponde al cargo que postulan, pero no gozan de inmunidad parlamentaria.

De todas las autoridades citadas, la Constitución del Ecuador garantiza la inmunidad únicamente al Presidente y Vicepresidente de la República³⁴, a los Asambleístas³⁵ y al Defensor del Pueblo³⁶, no obstante, en rango infra constitucional se reconoce inmunidad a los jueces de la Corte Constitucional³⁷, los integrantes del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral³⁸.

33 Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 192, inciso primero.

34 “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.” Constitución del Ecuador, artículo 120, numeral 10.

35 Según lo analizado del artículo 128.

36 “Para ser designado Defensora o Defensor del Pueblo será necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia y acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad en los términos que establezca la ley.”, Constitución del Ecuador, artículo 216.

37 “Régimen de responsabilidades.- Las juezas y jueces de la Corte Constitucional se encuentran sometidos al siguiente régimen especial de responsabilidades: 2. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal por hechos punibles cometidos durante y con ocasión de las funciones ejercidas en la judicatura, serán objeto de denuncia, investigación y acusación única y exclusivamente por la o el Fiscal General del Estado, y de juicio por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus integrantes; excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal.”, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo Art. 186, numeral 2.

38 “Las y los integrantes del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral son servidoras y servidores públicos sujetos a control ciudadano y enjuiciamiento político por incumplimiento de sus funciones y tendrán las responsabilidades establecidas en la Constitución y la ley. / Mientras ejercen sus funciones no podrán ser privados de su libertad ni procesados penalmente, salvo los casos de delito flagrante, delitos sexuales, y de violencia de género sin autorización del pleno del Consejo Nacional Electoral o del Tribunal Contencioso Electoral, por requerimiento de la Sala correspondiente de la Corte Nacional de Justicia de cuyo fuero gozan. Tampoco tendrán inmunidad en los casos de violencia intrafamiliar en los cuales no se reconoce fuero alguno. / La Función Legislativa no podrá designar reemplazos de funcionarios electorales destituidos por juicio político y estará impedida de iniciarlo una vez que se hubiere efectuado la convocatoria al proceso electoral y hasta que éste concluya con la proclamación de resultados.” Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, artículo. 19.

De lo expuesto, el fuero no es una característica de la inmunidad sino un atributo de los más altos dignatarios del Estado.

*La inmunidad termina ipso facto cuando concluye el ejercicio de la representación, por lo que un ex legislador puede ser juzgado por actos punibles cometidos durante el tiempo en que hubiere tenido inmunidad, sin necesidad de autorización previa del Congreso si el juicio se inicia después de terminado el mandato, pues la inmunidad ampara al parlamentario solo durante el ejercicio de sus funciones. En cambio el fuero subsiste para el juzgamiento de infracciones relacionadas con el ejercicio de las funciones, aunque el funcionario haya cesado en el cargo su representación*³⁹.

En tanto que la inmunidad (de procedimiento) puede levantarse, el fuero no. El levantamiento de la inmunidad debe realizarse por cada caso y no significa prejuzgamiento.

III. PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA NECESIDAD DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Hernán Salgado al finalizar su análisis sobre la inmunidad parlamentaria dice “comparto el criterio sustentado por algunos tratadistas europeos de que la inmunidad parlamentaria debe desaparecer en un Estado democrático de Derecho, hoy en día nada justifica el mantener tal privilegio que crea ciudadanos de distintas categorías⁴⁰”.

Miguel Presno refiriéndose a la inmunidad de procedimiento española señala que “es impropia de un Estado democrático moderno pues, en primer lugar, incluye cualquier delito, mientras que en los ordenamientos europeos se tiene en cuenta la gravedad del hecho y, por ejemplo, en Francia no opera si el parlamentario, presuntamente, ha cometido un crimen. La Constitución holandesa va más allá y no admite la inmunidad. En segundo lugar, la exigencia del suplicatorio para que diputados y senadores puedan ser procesados no existe en Alemania, Francia, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Suecia⁴¹”.

Enrique Valderrama esgrimiendo argumentos en favor de la abolición de la inmunidad parlamentaria sostiene: “La inmunidad parlamentaria es, pues,

39 Gaceta Judicial, Año CI, Serie XVII No. 3, 712.

40 Salgado, ibíd., 133

41 “Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, ¿garantías o privilegios?” Eldiario.es, 29 junio, 2014, consultada 10 abril, 2017, http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/Prerrogativas-privilegios_0_276122824.html

en tiempos de afirmación democrática, un mal signo de nuestros políticos, pues se ha convertido en un escudo para aquellos congresistas que no quieren responder por sus actos y evitan someterse a la ley⁴².

En el año 2011 el asambleísta ecuatoriano Galo Lara le tildó al Presidente de la República de corrupto, hecho que generó la reacción del primer mandatario quien puso en el debate público la posibilidad de convocar a una consulta popular para analizar la pertinencia de eliminar la inmunidad parlamentaria.

A los ejemplos citados se suman casos de parlamentarios protegidos por la inmunidad pese a presumirse en su contra delitos como malversación de fondos comunitarios⁴³, homicidio⁴⁴, entre otros.

De lo señalado se extrae que argumentos jurídicos, políticos y fácticos operan en contra de la inmunidad parlamentaria, sin embargo, considero que esta figura debe regularse según la realidad política de cada Estado.

En América Latina, donde la pugna entre poderes es parte del noticiero diario, considero que es necesario sostener la inmunidad parlamentaria para la gobernabilidad y la participación democrática, el ejemplo – a mi criterio- más reprochable, es la eliminación de la inmunidad parlamentaria que hiciera la el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁴⁵ y la subsecuente asunción de funciones legislativas por éste órgano⁴⁶.

El ejercicio del derecho de opinión que ha terminado en afirmaciones ofensivas ha generado serios cuestionamientos al sostenimiento de la inmunidad, considero que en estos casos debe atenderse al hecho sobre el que se opina y a la condición de la persona sobre quien recae la opinión; afecta más una

42 “Debate: ¿se debe eliminar la inmunidad parlamentaria?” El Comercio (Perú), 05 febrero, 2016, consultada 10 abril, 2017, <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debate-se-eliminar-inmunidad-parlamentaria-noticia-1876428>

43 “Jueces franceses piden que se retire la inmunidad a Le Pen como eurodiputada” Europapress, 14 abril, 2017, consultada 15 abril, 2017, <http://www.europapress.es/internacional/noticia-jueces-franceses-piden-retire-inmunidad-le-pen-eurodiputada-20170414195548.html>

44 En el caso del ex diputado ecuatoriano Junior León quien se lo intentó proteger a través de la figura de la inmunidad parlamentaria, pese a que se lo acusaba de haber disparado a un ciudadano en un restaurante. “Caso Junior León, represado en la 2ª Sala Penal de la CSJ” El Universo, 23 enero, 2004, consultada 15 abril, 2017, <http://www.eluniverso.com/2004/01/23/0001/8/A7553D7D0DA646C5AEC5E6AC9A33C62B.html>

45 “Supremo Venezolano elimina inmunidad parlamentaria y pide acciones a Maduro”, Diario Las Américas, 28 marzo, 2017, consultado 15 abril, 2017, <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/supremo-venezolano-elimina-inmunidad-parlamentaria-y-pide-acciones-maduro-n4118292>

46 “Sala Constitucional del TSJ asume funciones de la Asamblea mientras esté en “desacato””, Panorama, 30 marzo, 2017, consultada 15 abril, 2017, <http://www.panorama.com.ve/politicaeconomia/Sala-Constitucional-del-TSJ-asume-funciones-de-la-Asamblea-mientras-este-en-desacato-20170330-0009.html>

opinión vejatoria a un particular que a un servidor público de alto rango cuyos actos están sujetos al escrutinio permanente, quien al sentirse agredido puede emplear con mayor facilidad los medios necesarios para proteger su honra.

Finalmente, considero que la legislación no puede contemplar privilegios a favor de ciertas personas, pues con aquello se auspicia la desigualdad. La inmunidad necesariamente debe estar orientada a garantizar la protección de la actividad –lícita- de los parlamentarios, sustrayendo toda prerrogativa.

IV. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN LA ERA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En el Estado constitucional la Constitución juega un rol central, está presente en todos los espacios de la vida pública y privada para garantizar que el orden jurídico y político establecido por el constituyente y ratificado por el soberano se mantenga incólume.

A la época de la creación de la inmunidad parlamentaria, podría decir con mucha seguridad que ésta era estrictamente necesaria, no obstante, el poder parlamentario con el paso del tiempo ha incrementado significativamente, por lo que ha sido necesario asegurar que sus actuaciones se encuentren alineadas a los postulados de la Constitución, caso contrario se estaría frente a un poder ilimitado.

La inmunidad parlamentaria de fondo despliega una fornida protección a los actos, decisiones y opiniones del legislador, pero ¿está protegido el legislador con la inmunidad de fondo, cuando se sale orden propuesto por el Estado constitucional?

Las decisiones que un legislador adopta para la promulgación de una ley, pueden ser revisadas en lo posterior mediante la acción de inconstitucionalidad, no obstante, la eliminación de una ley por adolecer de vicios de inconstitucionalidad de fondo o de forma, no es un juzgamiento a las actuaciones o decisiones del legislador. Si los legisladores expiden una ley inobservando el procedimiento constitucional para su creación, ésta ley puede ser desechada del ordenamiento jurídico, lo propio sucede cuando lleguen a crear normas que contradigan lo establecido por el texto constitucional, en ambos casos, el legislador se sale del orden constitucional sin que se vea afectada su inmunidad de fondo.

En los casos señalados no hay un ataque a las actividades del legislador, sino al producto que dichas actividades pudieron generar, alejadas del orden previsto por la Constitución. En estos casos, es posible sostener el orden constitucional porque hay garantías que permiten su re establecimiento.

No obstante, si los legisladores actúan fuera del orden constitucionalmente establecido y no existen garantías para su restitución ¿cabe la protección legislativa por la inmunidad parlamentaria de fondo?, cabe reflexionar si deben tener responsabilidad los legisladores cuando las opiniones, decisiones y actos están orientados a romper con el orden propuesto por la Constitución, condicionando lo jurídico desde lo político.

Un caso que ejemplifica este planteamiento es la cesación del cargo de varios jueces de la ex Corte Suprema de Justicia y del ex Tribunal Constitucional del Ecuador por parte del Congreso Nacional, en ese caso, los legisladores en sesión extraordinaria adoptaron tal decisión y nombraron jueces que integrarían la nueva Corte, sin disponer de competencia para ninguno de los dos actos.

En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se vulneraron varios derechos humanos de los jueces ordenando al Ecuador repararlos integralmente, disponiendo, entre otras cosas, el pago de una suma millonaria en calidad de indemnización. El Estado ecuatoriano realizó el pago de las indemnizaciones económicas e inició una acción de repetición en contra de todos los legisladores que tomaron la decisión de cesar a los jueces⁴⁷. Los legisladores involucrados han señalado que no tienen responsabilidad porque su decisión se encuentra protegida por la inmunidad parlamentaria⁴⁸. Sin embargo a la fecha en que se produjo la cesación de los jueces, Ecuador no era un Estado constitucional, como lo establece la actual Constitución.

En el Estado Constitucional no es admisible que un ciudadano o autoridad pueda actuar fuera de los límites establecidos por la propia Constitución, en este tipo de Estado la inmunidad parlamentaria de fondo no sería una garantía absoluta para las opiniones, decisiones y actos de cada legislador, limitarlas será el reto que debemos asumir.

47 Juicio número 17811-2016-01096, “www.funcionjudicial.gob.ec”, Consulta de Causas, consultada 16 abril, 2017, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

48 “Gobierno cobrará a ex diputados la demanda perdida en la Corte IDH”, El Universo, 10 noviembre 2013, consultada 16 abril, 2017, <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/10/nota/1703656/gobierno-cobrara-ex-diputados-demanda-perdida-corteidh>

BIBLIOGRAFÍA

Bill of Rights. “www.unav.edu”. Consultada 30 marzo, 2017. [http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Bill%20of%20Rights%20\(1689\).pdf](http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Bill%20of%20Rights%20(1689).pdf).

“Inmunidad parlamentaria ya no existe en nueva Constitución, subraya Fernando Cordero”, Ecuador Inmediato, 12 abril, 2013. Consultado 30 marzo, 2017. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195008

Constitución de la República del Ecuador.

“José Serrano está dispuesto a perder la inmunidad parlamentaria, si resulta electo”, El Comercio, 02 diciembre, 2016. Consultado 31 marzo, 2017.

<http://www.elcomercio.com/actualidad/joseserrano-perder-inmunidad-elecciones2017-asambleanacional.html>

Presidente de la República Rafael Correa – Tc Televisión. “www.youtube.com”. Consultada 01 abril, 2017.

Salgado, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional Cuarta Edición Actualizada*. Quito: Ediciones Legales, 2012.

Jurado, Romel “La formulación del Derecho Humano a la Comunicación.” Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Función Legislativa.

“Corte Nacional ratificó sentencia contra Jiménez” El Comercio, 15 enero, 2014. Consultada 06 abril, 2017. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/corte-nacional-ratifico-sentencia.html>

Consulta de Causas. “www.funcionjudicial.gob.ec”. Consultada 09 abril, 2017.

“Se inicia nuevo proceso contra Jiménez y Villavicencio por presunto ‘hacking’ del email del Presidente”, El Comercio, 12 agosto, 2016. Consultada 09 abril, 2017. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica-cleverjimenez-fernandovillavicencio-audiencia-hackeo.html>

Mario en el blog. [http:// marioenelblog.blogspot.com/2011/10/ inmunidad -fuero-e-inviolabilidad.html#!/2011/10/inmunidad-fuero-e-inviolabilidad.html](http://marioenelblog.blogspot.com/2011/10/inmunidad-fuero-e-inviolabilidad.html#!/2011/10/inmunidad-fuero-e-inviolabilidad.html)

Código Orgánico de la Función Judicial.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII No. 3.

“Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, ¿garantías o privilegios?” El diario.es, 29 junio, 2014. Consultada 10 abril, 2017. http://www.eldiario.es/agen-dapublica/nueva-politica/Prerrogativas-privilegios_0_276122824.html

“Debate: ¿se debe eliminar la inmunidad parlamentaria?” El Comercio (Perú), 05 febrero, 2016. Consultada 10 abril, 2017. <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debate-se-eliminar-inmunidad-parlamentaria-noticia-1876428>

“Jueces franceses piden que se retire la inmunidad a Le Pen como eurodiputada” Europapress, 14 abril, 2017. Consultada 15 abril, 2017. <http://www.europapress.es/internacional/noticia-jueces-franceses-piden-retire-inmunidad-le-pen-eurodiputada-20170414195548.html>

“Caso Junior León, represado en la 2ª Sala Penal de la CSJ” El Universo, 23 enero, 2004. Consultada 15 abril, 2017. <http://www.eluniverso.com/2004/01/23/0001/8/A7553D7D0DA646C5AEC5E6AC9A33C62B.html>

“Supremo Venezolano elimina inmunidad parlamentaria y pide acciones a Maduro”, Diario Las Américas, 28 marzo, 2017. Consultado 15 abril, 2017. <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/supremo-venezolano-elimina-inmunidad-parlamentaria-y-pide-acciones-maduro-n4118292>

“Sala Constitucional del TSJ asume funciones de la Asamblea mientras esté

en “desacato””, Panorama, 30 marzo, 2017. Consultada 15 abril, 2017. <http://www.panorama.com.ve/politicaeconomia/Sala-Constitucional-del-TSJ-asume-funciones-de-la-Asamblea-mientras-este-en-desacato-20170330-0009.html>

Consulta de Causas. “www.funcionjudicial.gob.ec”, consultada 16 abril, 2017. “Gobierno cobrará a ex diputados la demanda perdida en la Corte IDH”, El Universo, 10 noviembre 2013. Consultada 16 abril, 2017. <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/10/nota/1703656/gobierno-cobrara-exdiputados-demanda-perdida-corteidh>

HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRACTICA PROFESIONAL EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO

Michael Hernández Sánchez 



Egresado en Derecho por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador).

Diplomado Internacional en Litigación Oral en la Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México).

INTRODUCCION:

Es imperante comenzar el desarrollo de este tema destacando que en la nueva normativa se tipifican una variedad de nuevos delitos, entre los que se incluyen el femicidio, el sicariato, el enriquecimiento privado no justificado y el homicidio por la mala práctica profesional.

Lo que en síntesis demuestra que el Código Orgánico Integral Penal en sus 730 artículos, denota la intención de normar el poder punitivo del Estado, mediante la tipificación de infracciones penales, así como también el establecimiento de procedimientos para el juzgamiento de las personas, los mecanismos de rehabilitación social y la reparación integral de las víctimas.

Razón por la cual podemos evidenciar que su estructura se encuentra regulada de la siguiente manera: Preliminar normas rectoras, libro Primero la infracción penal, Libro Segundo procedimiento y Libro tercero ejecución de penas.

Realizado brevemente esta esquematización del contenido del Código Orgánico Integral Penal, es preciso que vayamos entrando en materia y nos concentremos en el análisis del homicidio culposo por mala práctica profesional, mismo que si partimos de la tesis de Velásquez este sería entendido: "Que por lo general, cuando existen casos de injusticia provocados por muertes injustificadas debido al mal ejercicio profesional en el cual era muy difícil llegar al éxito en un reclamo jurídico por la carencia misma de un tratamiento específico en los casos de mala práctica médica como en el – anterior- ordenamiento jurídico ecuatoriano, provocaba que la víctima de este acto no exija justicia ".²

Concepto que desde un enfoque de efectividad y pertinencia nos conlleva a pensar que si la tipificación de este nuevo delito se adecua a la realidad y va a cumplir o no con el fin que propone el legislador, sin violar los derechos que los asisten a los profesionales e indirectamente el ejercicio pleno de una profesión como es la de los médicos.

Es por ello que hablar de este delito en particular, no es tarea sencilla, ya que nos conlleva a la necesidad de vincular directamente a la profesión de los médicos, profesión que en si por su actividad es muy delicada, ya que en dicha profesión se trata con el bien jurídico máspreciado que protege el derecho penal y que precisamente es la vida.

¹ Egresado en Derecho por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador). Diplomado Internacional en Litigación Oral en la Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México). Mediador(c). michael-hernandezsa@gmail.com

² Velásquez, F. (2007). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Comlibros.pag 23,24

No obstante, es imperante destacar, que previa la tipificación de dicho tipo penal se suscitaron varios antecedentes los cuales hicieron que el legislador trate busque sancionar actuaciones indebidas por parte de los profesionales en el ejercicio mismo de su profesión.

Lo cual género que, en materia penal, con la promulgación del COIP, se lo trata como un delito independiente, delito que se lo incorporo específicamente en el artículo 146, como delito culposo profesional, en donde el médico o cualquier otro profesional que ha recibido una preparación de muchos años para poder ejercer su profesión, debe observar ciertas actuaciones con mucha precaución y determinar claramente por qué razón se realizó una mala praxis.”³

Evidenciando así que el tipo contemplado en el COIP -denote en la descripción de los elementos constitutivos del mismo, que la sanción se aplicará a la persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. ⁴

Denotando que esta tipificación es el resultado de un cambio en la concepción de la culpa y del dolo, pues resulta que en este tipo de delitos no existe dolo, sino culpa, pues se supone que los profesionales no tienen la intención de causar daño; sin embargo, cuando los profesionales ejecutan malas prácticas violando el deber objetivo de cuidado, causan una lesión a los bienes jurídicos protegidos y por lo tanto existe la necesidad de una tipificación específica.

Resaltando que no se trata del profesional de la salud, sino a cualquier profesional que ocasione una muerte o algún tipo de lesión por la inobservancia del deber objetivo de cuidado resaltando el daño y tomando en cuenta factores importantes como los riesgos en los que incurre su profesión.

Generando lo que doctrinariamente se llama homicidio inintencional, el mismo que implica que, cuando no hay la intención de matar, pero la muerte se ha producido por falta o infracción al deber objetivo de cuidado, por errores culposos (Falta de previsión, precaución o negligencia.)

Concepto que no merece objeción, pero que sin embargo advierte nuevamente la falta de armonía en el lenguaje usado por el Código, ya que, en la redacción de estos artículos, en donde se define en términos generales la infracción culposa como el acontecimiento previsible pero no querido, que se causa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos.

3 Jaramillo.(2015).ANÁLISIS DOCTRINAL DEL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO:p7,8,9

4 Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014: Artículo 146

Evidencia que la mala práctica profesional sería contextualizada de la siguiente manera:

“[...] Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con infracción al deber objetivo de cuidado⁵ .

Mismo que se encuentra definido en el Art 27 y 146 del COIP, en el cual se expresa que,(...)”por imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable”.⁶

Podría existir un daño verificable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física integral como la salud mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, , individuales y de relación con su entorno.

Lo cual involucra el infringir el deber objetivo de cuidado por errores culposos, como son:

Imprudencia entendida como falta de tacto, de medida, de la cautela, precaución, discernimiento y buen juicio debidos, por parte del profesional de la salud.⁷

Negligencia: Entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, que están indicadas y forman parte de los estudios en las profesiones de la salud.⁸

Impericia: Determinada por la insuficiencia de conocimientos para la atención del caso, que se presumen y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión. ⁹

Bien Jurídico Protegido, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un interés vital que pre-

5 Miranda. O.(2014).La Insuficiencia en el Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, la Tutela Judicial Efectiva y Seguridad Jurídica:p54,55

6 Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014: Artículo 146

7 Miranda. O.(2014).La Insuficiencia en el Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, la Tutela Judicial Efectiva y Seguridad Jurídica, Ecuador:p14,p15

8 Ibid

9 Ibid

existe al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos.¹⁰

Nos conlleva a confluir en lo expresado por Jiménez de Asúa, cuando determina que son defendibles todos los derechos “aún con los más extremados medios”, concepto replicado por Soler, cuando expresa que “la defensa de un derecho no puede ser declarada ilícita, en principio sin decretarse el triunfo de la injusticia”.¹¹

Lo cual nos conlleva a subsumir si será necesario actuar de una manera que lesione bienes jurídicos ajenos, esto es, en función de la necesidad de proteger determinado bien, en el cual posiblemente podríamos incluso encontrarnos frente a un justificante.

1.-ELEMENTOS DESCRITOS EN EL ACTO OBJETIVO O ACCIÓN PUNIBLE:

Doctrinariamente estos pueden ser: simple si protege o prevalece la defensa de un bien jurídico y tipos complejos o pluriofensivos, si el cuidado, protección o tutela se efectúa en forma simultánea, es decir involucra múltiples bienes jurídicos protegidos, sin que ello implique el adecuar la conducta a otra tipicidad.¹²

Lo cual genera que si la mala práctica profesional ocasiona la muerte, el bien jurídico que vulnera, dirán algunos tratadistas, es exclusivamente el bien jurídico protegido vida; otros señalarán que a más de ella, tutela o protección al derecho a la salud, lo cual nos remonta necesariamente a lo consagrado en el artículo 32 de la Constitución, en el que dentro de esta última apreciación pueden ampliarse la interpretación misma y decir que vela también un bien social y jurídico como es el derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Constitución.¹³

Derecho que se Fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas claras, públicas y aplicables por las autoridades competentes, en su más amplio concepto, como valor social que implica y protege un derecho humano, como es la salud.

Al respecto la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (CNJ) emitió la resolución interpretativa N°. 01- 2014 de 24 de abril del 2014, que aclara el artículo

10 VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6.

11 4 Jiménez de Asúa, L. (1946). Libertad de Amor y derecho a Morir.

12 9(Lombana Villalba, 2007, p. 119 - 122)

13 Miranda. O.(2014).La Insuficiencia en el Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, la Tutela Judicial Efectiva y Seguridad Jurídica, Ecuador:p15.

146 del nuevo Código Integral Penal (COIP), respecto al homicidio por mala práctica profesional, en el que resolvió que para que se configure este delito, sancionado con cárcel de uno a tres años, el profesional deberá violar el deber objetivo de cuidado.

Lo que evidenciaría que este delito se configuraría por el incumplimiento de leyes, reglamentos, manuales, así como por la falta de formación profesional y la falta de diligencia, para que ocurra una agravante y se de una sanción de cárcel de tres a cinco años, además de la violación al deber objetivo de cuidado, el profesional debe haber incurrido en la realización de acciones ilegítimas, innecesarias y peligrosas.

2.- PRESUPUESTOS CRÍTICOS EN TORNO AL TIPO PENAL:

El tercer inciso que manifiesta que el médico o profesional de la salud será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Nos conlleva a pensar que para que se produzca el delito de homicidio calificado, este devendría de una base de preceptos muy blandos, lo que ha causado una preocupación por parte los profesionales de la salud puesto que queda a decisión amplia del juzgador el establecer que se entiende por estos preceptos, causando una sobre punición en ciertas conductas, por esta razón los profesionales de la salud formaron una comisión solicitando que se promueva una resolución que aclare el inciso tercero.

Pero al observar esta aclaración o ampliación que solicitaron los profesionales de la salud esta no cumplió con las expectativas que se buscaba el gremio ya que no particulariza realmente a estas acciones antes mencionadas.

Lo que genera que nos encontramos con un tipo penal que al no ser autónomo para la mala práctica médica en especial, es demasiado amplio lo cual genera que el alcance de protección sea demasiado extenso.

Finalmente es oportuno destacar que la ley penal debe regirse a un análisis integral, de si cumple con todas las garantías que exige nuestra constitución, entre ellas la de contener dentro de la tipificación de delitos las prohibiciones precisas y las sanciones para que pueda considerarse exhaustiva y al considerarse exhaustiva a los presupuestos que condicionan la pena y determinan la responsabilidad penal, así como las consecuencias jurídicas.

BIBLIOGRAFIA:

Bustos Ramirez, J. (1991). Manual de Derecho Penal Parte Especial. Barcelona.

Duplex. Bustos, J. (1997). Lecciones de Derecho Penal. Madrid.

Trotta. Carbonel, M. (2012). Los derechos fundamentales en México . México DF: Porrúa México . · Albán, H. (2011). Manual de Derecho Penal Parte General. Quito : Ediciones Legales.

López, J. (2010). Tratado de Derecho Penal, Parte General. Pamplona: Civitas.

Carbonel, M. (2012). Los derechos fundamentales en México . México DF: Porrúa México . · Ferrajoli, L. (2004). Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta.

Agrest, A. (Abril de 2006). “El conocimiento y el error médico“. CIE Academia Nacional de Medicina.

Albán Gómez, E. (2011). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano (Primera Edición ed.). Quito , Ecuador: Ediciones legales Colección profesional ecuatoriana.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso.- Temas de Criminología.- SPE Ecuador.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL N° 180 DEL 10 DE FEBRERO DE 2014.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA



INSTITUTO INTERAMERICANO
DE INVESTIGACIONES,
PUBLICACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

REVISTA **JURÍDICA**