

Circulación  
**GRATUITA**

# DERECHO CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI

**Un aporte de la Maestría en Derecho Constitucional  
de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil**

**Director: Dr. Miguel Hernández Terán**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL





*Miguel Hernández Terán ▪ Danny José Cevallos C. ▪ Richard González Dávila  
Jaime Orlando Santofimio Gamboa ▪ María Helena Carbonell ▪ Miriam M. Ivanega  
Juan Carlos Benalcázar Guerrón ▪ Leonardo Massimino ▪ Jorge Benavides Ordóñez*

# **DERECHO CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI**

**UN APOORTE DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**DIRECTOR: DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN.**

**CIRCULACIÓN GRATUITA**

**2020**

**UCSG**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**DERECHO CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI**

Miguel Hernández Terán ▪ Danny José Cevallos C. ▪ Richard González Dávila ▪ Jaime Orlando Santofimio Gamboa ▪ María Helena Carbonell ▪ Miriam M. Ivanega ▪ Juan Carlos Benalcázar Guerrón ▪ Leonardo Massimino ▪ Jorge Benavides Ordóñez

Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional,  
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-06-478-3

Derechos de autor: 058963: 10-sep-2020

Depósito legal: 006612: 10-sep-2020

Impreso en Ecuador, septiembre de 2020

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Logotipo de la serie: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½

Apartado postal: 17-12-569 • Guayaquil, Ecuador

Teléfonos: (593 4) 380 4600

[www.ucsg.edu.ec](http://www.ucsg.edu.ec)

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

## **NOTA DE LA DIRECCIÓN DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Para la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil es motivo de enorme satisfacción presentar a la comunidad esta obra jurídica colectiva escrita por profesores de la misma. Podemos decir con orgullo que todos los trabajos son de alta calidad, fruto de la investigación jurídica y del análisis responsable a cargo de sus autores. La investigación científica es un concepto rector de las Universidades. Nuestra Maestría, con este libro, da una muestra más de su compromiso con la investigación jurídica y con la comunidad.

Debemos agradecer a todos y cada uno de los autores de los estudios, profesores nacionales y extranjeros, por su firme decisión de apoyar a la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil con sus trabajos académicos. Las obligaciones cotidianas y las responsabilidades que cada uno tiene hacen particularmente meritorio su esfuerzo. Gracias, pues, a nuestros profesores ecuatorianos, argentinos y colombiano.

Estamos seguros de que esta obra tendrá la acogida que se merece.

**DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN  
DIRECTOR DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



## ÍNDICE

¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO? <i>Dr. Miguel Hernández Terán</i>	9
NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL <i>Danny José Cevallos C.</i>	27
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD <i>Richard González Dávila</i>	43
LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ <i>Jaime Orlando Santofimio Gamboa</i>	63
ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS <i>Dra. María Helena Carbonell</i>	103
REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE <i>Dra. Mirian M. Ivanega</i>	123
OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO <i>Juan Carlos Benalcázar Guerrón</i>	139
EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE INCLUSIÓN SOCIAL <i>Leonardo Massimino</i>	155
EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. <i>Jorge Benavides Ordóñez</i>	167



# ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?<sup>1</sup>

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN<sup>2</sup>

## Resumen

Este trabajo, reconociendo la enorme importancia que tienen los principios en el proceso de formación de las normas jurídicas como también en su aplicación, procura representar que es un notable equívoco radicalizar su importancia hasta el punto de sostenerse que los principios, por el solo hecho de ser tales, superan o derrotan a las reglas. Esta posición extrema ha llevado a la Corte Constitucional del Ecuador a sostener definiciones que estimamos criticables, “golpeando” la institucionalidad del principio de legalidad. Los principios son la fuente regular de las reglas. Éstas surgen gracias a los principios; los materializan. En caso de inconsecuencia de las reglas con los principios, ellos serán de gran apoyo para el operador jurídico. Incluso es posible las desautoricen. No lo negamos. Pero convertir la posición de la llamada “superioridad” de los principios en un dogma rígido es un problema grave, que da lugar a “salvajadas conceptuales”. En grandes líneas, sobre lo indicado versa este trabajo.

## Palabras claves

Neoconstitucionalismo, moralidad, Derecho Constitucional, principio de legalidad, Corte Constitucional, principios, jurisprudencia.

## a) Derecho Constitucional y derechos

Dentro del rango de las normas que regulan la convivencia social la Constitución de la República ocupa la posición más relevante, pues tiene el carácter de suprema. Esta categoría es su símbolo. Pero no cualquier símbolo, ya que tiene gran significación e impacto: toda disposición y todo acto que la contradiga carece de eficacia jurídica. Entiéndase de valor jurídico, y por ende de contenido útil para el Derecho. Por esa dependencia de la legislación secundaria respecto de la Ley suprema se dice que ésta le da *unidad* al sistema jurídico de un país. Y por la misma razón tal normativa debe ser *controlada*, entrando así al escenario jurídico el llamado *control de constitucionalidad*, que puede ser concentrado o difuso según quien lo ejerza: si lo hace un solo ente será lo primero, y si lo ejecutan distintos jueces será difuso. Y por el mismo poderío jurídico que hemos indicado, *la supremacía constitucional*, es un dogma el que el proceso de cambio o reforma constitucional debe ser complejo, más difícil de llevar a cabo que el de las leyes de la República. Un cambio radical de contenido de una norma o institución constitucional convierte a la legislación secundaria desarrollada a partir de las

1 Artículo publicado en la revista Novedades Jurídicas. Número 160. Octubre de 2019. Ediciones Legales. Quito-Ecuador.

2 Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Autor de varios libros.

mismas en jurídicamente ineficaz, esto es sin valor jurídico, sin idoneidad para producir los efectos originalmente previstos para ellas.

La ciencia que estudia a la Constitución, su inseparable supremacía y a todo el fenómeno constitucional es el Derecho Constitucional. Su trascendencia es muy evidente dada la magnitud conceptual de su objeto de estudio. Nosotros conceptualizamos a esta rama del Derecho como *la disciplina jurídica que, basada en su preeminencia y en el reconocimiento de valores democráticos, políticos y jurídicos, de los derechos del ser humano, y dentro de éstos, prioritariamente, de la libertad individual y colectiva, regula la organización y funcionamiento del Estado delimitando su actuación; así como reconoce y garantiza institucionalmente el respeto efectivo y la aplicación material de derechos subjetivos directa e inmediatamente ejecutables por las autoridades del Estado o reconocidas por éste con eficacia jurídica, y a la vez exigibles por sus titulares sin intermediación de legislación secundaria.*

Dentro de la estructura de la Constitución tienen singular importancia los derechos, las acciones y las instituciones encargadas de velar porque estos elementos se cumplan efectivamente. La parte de la Ley suprema que se ocupa de los derechos, de los grandes principios de la Constitución y de los valores que la inspiran se denomina PARTE DOGMÁTICA. Y la sección que estructura la institucionalidad fundamental del Estado, su organización y competencias se llama PARTE ORGÁNICA. Las dos se necesitan y complementan.

Si bien la Constitución de la República tiene carácter supremo y por ello un gran poderío jurídico esto no significa que la legislación de un país se agote en ella. La Ley máxima le da unidad al sistema jurídico de un Estado, pero parte de la marcha de éste, parte de la institucionalidad que hace posible la realización de los derechos, ciertas reglas procedimentales para el ejercicio de las acciones que nacen de los derechos, como por ejemplo del derecho a impugnar los actos administrativos en sede administrativa o en sede judicial según el artículo 173 de la Constitución, se instrumentan por medio de las leyes. Gracias a la evolución y trascendencia de los derechos éstos han llegado a ser directa e inmediatamente aplicables. En el Ecuador tenemos una norma de gran contenido en este sentido, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, que consagra:

“Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

Los derechos regularmente fueron importantes en épocas de República, y en múltiples casos antes de ella. Así, ya la Constitución del Estado de Quito<sup>3</sup> consagraba en el artículo 20 que:

“El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él, de cualquier Estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando solo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.”

El artículo 11 de la Constitución del Estado del Ecuador de 1830 establecía que “Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias.” Y el artículo 66 determinaba que “Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente al bien general...”<sup>4</sup>

El artículo 26 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 ordenaba en el artículo 26 que “Serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por esta Constitución.” Al igual que definía en el artículo 28 numeral 15 como un derecho garantizado “El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.”

### **b) El principio de legalidad**

La Constitución y las leyes de la República se complementan. Hasta antes de la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998 había una gran dependencia de la Ley suprema respecto de las leyes en la medida en que éstas viabilizaban determinadamente la realización de los derechos, desarrollaban

3 O “PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO.” De 15 de febrero de 1812. Trama Ediciones. 2012. ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2009-2013.

4 “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”. Federico Trabucco. Universidad Central–Editorial Universitaria – Quito–Ecuador, 1975.

los contenidos que hacían posible la ejecución de muchas instituciones de origen constitucional. Ambas categorías normativas se han necesitado recíprocamente. En el sentido indicado vale la pena citar el artículo 23 de la Constitución Política de 1967, que imponía que:

“El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. *La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares.*”<sup>5</sup>

Actualmente se necesitan menos por la primacía de los derechos y por la materialización de los principios de aplicación directa de la Constitución y de los derechos constitucionales, fundamentalmente. La Constitución y la ley forman un bloque objetivo que se conoce como *principio de la legalidad*, una especie de ecuación jurídica normativa. La relevancia de este principio consiste en su aptitud para predeterminar la capacidad jurídica de actuación válida que tienen el Estado, sus instituciones, los órganos que los componen, sus operadores jurídicos en general.

Por la publicidad de las leyes y de la Constitución los ciudadanos y administrados en general pueden acceder plenamente a conocer su contenido, y por ende a determinar hasta dónde puede llegar la actuación lícita de tales entidades, órganos y operadores. Y por lo mismo en qué momento comienza la arbitrariedad, la sin razón jurídica estatal, con las consiguientes consecuencias institucionales y personales desde el punto de vista de la responsabilidad. A la señalada previsión normativa se le atribuye un carácter garantista.

Nosotros entendemos por principio de legalidad *al precepto que en función del desarrollo de su contenido describe, delimita y limita el poder y alcance jurídicos que tienen el Estado, su institucionalidad, los órganos y operadores jurídicos que los componen para actuar legítimamente en sus relaciones con los administrados y entre ellos entre sí.*

Por la importancia del rol institucional del principio de legalidad ya la Constitución ecuatoriana de 1830 ordenaba en el artículo 69<sup>6</sup> que “Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. **La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad.**”<sup>7</sup>

El artículo 3 de la citada Constitución de 1967 establecía que “Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales.”

5 Las cursivas son nuestras.

6 “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”. Federico Trabucco. Universidad Central–Editorial Universitaria – Quito–Ecuador, 1975.

7 Las negrillas son nuestras.

### c) Los principios y el neoconstitucionalismo

Como se sabe, el ordenamiento jurídico está constituido por una serie de elementos, todos de importancia. Reglas, principios, valores hacen que el mismo, como estándar, tenga la capacidad para solucionar los problemas de la convivencia social por complejas que sean las relaciones o los conflictos surgidos en función de ella. En términos de Derecho Civil si faltan reglas se aplica la analogía o los principios del Derecho universal, según el caso. Lo importante es que el juez no se quede sin herramientas jurídicas—ni invoque excusas—para enfrentar y dar solución al caso concreto. Así como la Constitución y las leyes se complementan, también lo hacen las reglas con los principios y viceversa. Las primeras son consecuencia de éstos últimos. “Se deben” a los principios en la medida en que éstos justifican su contenido. Cada uno, los principios y las reglas, tienen sus ventajas y sus dificultades, por ello tiene mucha importancia para el Derecho que trabajen de forma armónica. Las reglas pueden no dar razones concluyentes para decidir, pero tampoco los principios.

Éstos se caracterizan, entre otros, por su indeterminación, por su falta de capacidad descriptiva, por la ausencia de contenido cierto; mientras que las reglas son esencialmente descriptivas, tienen un contenido determinado y cierto. Con las reglas usted sabe bien a dónde va. Los principios lo pueden llevar muy cerca o muy lejos según el alcance que les dé su intérprete. ¿Sabe Ud en qué consiste el principio de proporcionalidad penal? Tiene una noción clara, pero su contenido preciso no lo conoce. Cómo se desarrolla éste, su alcance dependerá del legislador en cada caso concreto de ley penal. El principio se “materializa”, se “objetiva” en la ley como sinónimo de regla. Lo que no significa ni remotamente que no sea trascendente para el Derecho. Éste necesita de los principios. Son la materia prima del producto final llamado ley. Si ésta los recoge mal habrá que acudir al verdadero sentido de los mismos para solucionar el caso concreto.

Tanto los principios como las reglas son instrumentos básicos del Derecho y del sistema jurídico. Están al servicio de la justicia, de la tutela judicial efectiva, de la respuesta correcta, por más que en los casos difíciles sea complejo encontrarla. Son senderos de un mismo proyecto. Son útiles para los mandatos propios del Derecho. Bien entendido que, como dice Luis Pietro Sanchís<sup>8</sup>, “ el *contenido prescriptivo* de muchas normas a veces es idéntico en todos los ámbitos de normatividad; así, el Derecho prohíbe matar, pero también lo hace la religión o la moral; algunas religiones prohíben la bigamia o imponen el deber de asistir a ciertos oficios o actos rituales, pero también lo hace o puede hacerlo el Derecho; son las reglas de la etiqueta las que regulan en general la forma de vestir, pero eventualmente también puede hacerlo el Derecho.”

Por supuesto, hay quienes son más adeptos a las reglas y quienes son más alineados a los principios. Eso no es problema. Las dificultades se dan cuando se postula

8 En su obra “Apuntes de teoría del Derecho”. Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011. Páginas 13 y 14.

una pugna casi natural entre tales elementos. Para nosotros es como enfrentar a dos miembros de una misma familia, y específicamente a dos hermanos. Siendo ambos instrumentos del Derecho y del sistema jurídico ese enfrentamiento nos parece realmente carente de razón.

Pues bien, el neoconstitucionalismo plantea la primacía de los principios por sobre las reglas. Una especie de superioridad natural. ¿En qué momento surgió esa primacía? No se sabe. Manuel Atienza dice que el neoconstitucionalismo es una arbitrariedad de la “Escuela de Génova”. Para ubicar los alcances de esta corriente vamos a citar el pensamiento de uno de sus más importantes estudiosos, la doctora Susana Pozzolo. Esta autora en su trabajo “NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO”, contenido en la obra “Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”<sup>9</sup> destaca, entre otros:

“El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo *anti*-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni ius-naturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, Constitución vs legislación, Judicial vs Legislativo.

La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la *importancia*, de la *razonabilidad*, de *vehicular valores* y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación “genética”, que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho.”

También subraya Pozzolo:

1.- “La Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral.”<sup>10</sup>

2.- “Las relaciones entre órganos del sistema jurídico, entre niveles normativos y entre las funciones del poder cambian progresivamente y el constitucionalismo de las reglas

<sup>9</sup> Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición. Páginas 16 y 17.

<sup>10</sup> Página 18.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

se transforma en el de los derechos. Se abre un diálogo entre Constitución y legislador: se ha convertido en un programa.”<sup>11</sup>

3.- “El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.”<sup>12</sup>

El reconocido autor, Miguel Carbonell, dice que “El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial”<sup>13</sup>. Decimos nosotros: *una explosión conceptual de los principios en manos de los jueces, particularmente de los constitucionales*. Con ocasión de la afirmación de Carbonell vale la pena referir que Susana Pozzolo anota que “En la institución de la corte constitucional está la garantía de los derechos.”<sup>14</sup>

Estas citas doctrinarias nos permiten entender parte de las exageraciones jurisprudenciales fundadas en la trillada primacía de los principios, o lo que es lo mismo, en el neoconstitucionalismo.

*La corriente tantas veces referida viene a ser algo así como una interpretación jurídica preconcebida o prejuzgada a favor de los principios y en contra de las reglas*. Ronald Dworkin en su obra “IMPERIO DE LA JUSTICIA”<sup>15</sup> plantea que “el derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial.” Si efectivamente el Derecho es un concepto interpretativo, en épocas de neoconstitucionalismo es claro que constituye una interpretación con premisas y resultados ya preestablecidos: los principios vencen a las reglas en una batalla fratricida y sin razón verdadera determinante.

El neoconstitucionalismo no es una corriente cualquiera. Su contenido clásico, la referida lucha fratricida, ha sido secundado de forma impresionante por diversas Cortes Constitucionales. La Corte ecuatoriana ha sido muy clara. El espacio de este trabajo no alcanzaría para citar la abundante jurisprudencia al respecto. Mencionaremos algunos casos que reflejan la hostilidad hacia las reglas y algunos sobredimensionamientos:

1.- La sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009, plantea<sup>16</sup> que “La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores

11 Páginas 31 y 32.

12 Página 34.

13 En su obra “neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito. Ecuador. Página 26.

14 Página 31 de la obra citada.

15 Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012. Páginas 287 y 288.

16 Página 15.

ciudadanos, como bien lo dice Robert Alexy: los jueces constitucionales ejercen una “representación argumentativa”.

2.- La misma sentencia afirma<sup>17</sup> que “... no se puede sacrificar la justicia por el hecho de que las resoluciones hayan sido emitidas con anterioridad a la promulgación de la vigente constitución, teniendo presente que el mayor deber del Estado es el respeto y tutela de los derechos, de suerte que, lo argumentado por los señores jueces, en sentido contrario, carece de fundamento constitucional.” (Con esta argumentación a favor del no sacrificio de la justicia la Corte Constitucional para el periodo de transición pretende justificar la aplicación retroactiva de la vigente Constitución).

3.- En la sentencia No. 201-12-SEP-CC, caso No. 0643-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 756 del 30 de julio de 2012, la Corte Constitucional para el periodo de transición sostiene que: “En el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios desempeñan un rol trascendental, y se imponen a las reglas, en la consolidación de la administración de justicia constitucional. La aplicación de los principios es esencial cuando la realidad exige una reacción y que se asuma posición ante esta, de conformidad con ellos. “Los principios, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor”.<sup>18</sup>

4.- En la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015, la Corte Constitucional (ya no la de transición) hace algunas importantes afirmaciones:

4.1.- “Cabe recalcar que dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios encuentran supremacía respecto de las reglas, en tanto, tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos, de acuerdo con las realidades, porque no solo se defiende el estatus personal de sus titulares, sino que se erigen en criterios hermenéuticos preferentes en la aplicación del derecho”.<sup>19</sup>

Nos permitimos destacar que *es completamente falso que los principios tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos en relación con las reglas. Semejante afirmación es completamente carente de razón dadas las importantes diferencias que ya brevemente hemos destacado entre principios y reglas.*

4.2.- “El constitucionalismo moderno imprime vigentes cambios de paradigmas para la consecución de la justicia, es decir, se requiere de los jueces esfuerzos y razonamientos jurídicos eficaces mediante la aplicación de valores y principios constitucionales,

17 Página 23.

18 Esta cita entre comillas obedece a una obra de Gustavo Zagrebelski: “El Derecho Dúctil”, según la Corte.

19 Páginas 206 y 207.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

concebidos como criterios axiológicos y superiores a las reglas, que permitan acceder a una administración de justicia efectiva...”.<sup>20</sup>

4.3.- “La justicia constitucional propende la superación de los principios de la legalidad por los de juridicidad o constitucionalidad, imponiéndose el respeto y garantía de los derechos de las personas y de la naturaleza, Así, el cambio del paradigma de la mera legalidad por el constitucionalismo, establece la ruptura del modelo positivista clásico por el modelo garantista de los derechos en el que se establecen las radicales diferencias de representación de validez y vigencia de las leyes, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal para la consecución de la justicia...”.<sup>21</sup>

En el mismo suplemento del Registro Oficial No. 504 de mayo 20 de 2015 en el que se publicó la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, muy contundente respecto de los principios y los valores, se publicó otra sentencia, la número 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, en la que se afirma<sup>22</sup>:

“La seguridad jurídica, consiguientemente, proscribire la arbitrariedad **en función del relevante papel que se concede a la ley**<sup>23</sup>, principio de jerarquía normativa como mecanismo de defensa que asegura un trato igual de todos los ciudadanos ante la misma, frente a los posibles abusos de los órganos del Estado. Solamente así se garantiza como fin último que los derechos constitucionales se tutelen adecuadamente al circunscribir los límites de las actuaciones de las autoridades públicas que determina la Constitución de la República.”<sup>24</sup>

Por otro lado, a pesar de que la Corte nos habló de la superación del principio de legalidad, en la sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015, categóricamente afirma lo siguiente:

“Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia No. 015-10-SEP-CC al manifestar que: “Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”<sup>25</sup>

En este mismo sentido hay varias sentencias.

20 Página 207.

21 Página 207.

22 Página 125 del Registro Oficial.

23 Las negrillas son nuestras.

24 Página 125.

25 Página 293.

Finalmente, en cuanto a este pasaje, creemos importante citar la referencia a una extraña teoría, la de la *independencia de los derechos frente al Estado, a la ley y a la soberanía*, realizada por la Corte Constitucional para el periodo de transición al poco tiempo de haber asumido como tal<sup>26</sup>. La sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 479 del 2 de diciembre de 2008 determinó<sup>27</sup>:

“De ese nuevo paradigma, es elemento sustancial, la mayor independencia de los derechos con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado Constitucional supone la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental; esto es, el ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder.”

Parecería que son incompatibles o que los derechos “luchan” con el poder y se imponen a éste. La dignidad humana individualmente considerada, que se expresa notablemente por medio de derechos, es la independiente del Estado, de la ley y de la soberanía, pues los derechos humanos que la constituyen son indisponibles por la sociedad y por el Estado. *Pero la realización de los derechos cuando no es voluntaria necesita del Estado y su institucionalidad.*

#### **d) Un par de equívocos neoconstitucionales de la Corte Constitucional<sup>28</sup>**

1.- Un buen ejemplo de exageración respecto del papel de los principios lo encontramos en la sentencia No. 141-18-SEP-CC, CASO No. 0635-11-EP del 18 de abril de 2018 (el famoso caso laboral-constitucional de la empresa CERVECERÍA NACIONAL), en la cual la Corte Constitucional del Ecuador plantea que hay que aplicar las normas más favorables al trabajador “más allá de los periodos de vigencia – validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados.” (Se refiere a los principios in dubio pro operario y favorabilidad). Esta afirmación, amigo lector, es la antítesis de la seguridad jurídica, pues la imperativa elección a favor de la norma más conveniente al trabajador, así como la forzosa aplicación de la disposición más favorable al trabajador en caso de duda *exigen como condición necesaria que las respectivas disposiciones FORMEN PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*. La aplicación de normas derogadas so

26 Recordemos que el Tribunal Constitucional, con vida jurídica en la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998, se autoproclamó como Corte Constitucional para el periodo de transición ante la falta de norma expresa respecto de qué sucedería en el tiempo intermedio entre el Tribunal Constitucional y la primera Corte Constitucional nacida de la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

27 Página 12.

28 Nuestra crítica es conceptual. De ninguna manera ofensiva. No estamos dentro de los que condenan con carácter general las actuaciones de la última Corte Constitucional. Con frecuencia se la critica exageradamente.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

pretexto de cualquier razón, invocación o teoría viola el derecho a la seguridad jurídica, ya que tales disposiciones no forman parte del sistema jurídico y sobre ellas no puede ni debe haber certeza en cuanto a su aplicación. Obviamente tampoco pueden ser objeto de “elección” para resolver un caso concreto, sea laboral, constitucional o de cualquier materia.

Para eliminar cualquier posibilidad de duda interpretativa copiaremos los párrafos pertinentes de la indicada sentencia:

“En este sentido, es importante tener presente que la sustanciación y resolución de las causas laborales tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional, se rigen por distintos principios constitucionales, entre estos, *in dubio pro operario* –antes analizado– y favorabilidad, reconocidos en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República, entendidos como, la obligación que tienen las autoridades de aplicar las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que más favorezcan a los trabajadores.

Tal como lo ha señalado esta magistratura en sentencia No. 127-15-SEP-CC, caso No. 1812-12-EP, toda autoridad al momento de resolver un conflicto laboral, en función de los principios constitucionales antes mencionados, debe tener en cuenta el principio de aplicación más favorable a los derechos, esto es, optar por la situación más favorable en relación con el trabajador, por cuanto, la base fundamental de las actividades judiciales y administrativas constituye el respeto de los derechos y garantías de los justiciables. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha precisado que uno de los principios protectores del derecho laboral es el *indubio pro operario*<sup>29</sup>, en razón del cual, se entiende que en caso de la existencia de dos normas aplicables a una misma cuestión, el juez o la autoridad administrativa deberá escoger la más beneficiosa para el trabajador.

*Lo dicho, implica entonces, la obligación de toda autoridad administrativa o jurisdiccional, al momento de resolver un conflicto laboral, de aplicar las disposiciones de orden infra constitucional que tutelen de mejor manera los derechos de la parte débil de la relación laboral, es decir, los trabajadores; esto, más allá de los períodos de vigencia – validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados.”<sup>30</sup>*

2.- La misma sentencia plantea otra “salvajada conceptual”:

“En razón de lo expuesto, esta magistratura colige que los jueces que conocen las distintas garantías constitucionales, están en la obligación de actuar- resolver

29 En el texto de la sentencia dice “*indubio por operario*”, en un evidente error.

30 Las cursivas son nuestras.

en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal; ello, en algunos casos, sumado al amplio margen de actuación con el que cuentan los juzgadores, puede ocasionar actuaciones alejadas de las reglas infra-constitucionales. De ahí que, en principio, las actuaciones de un juez en el contexto de la justicia constitucional –destinadas a garantizar los derechos y normas constitucionales–, en función del método de subsunción y sobre la base de un ejercicio de legalidad, puede generar que las mismas sean calificadas por parte de las autoridades jurisdiccionales como delito de prevaricato. Aquello, implicaría entonces una suerte de sobreponer una figura penal a los fines y objetivos que persigue el Estado constitucional de derechos y justicia y las garantías jurisdiccionales; *ocasionando a su vez, un efecto disuasivo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en el sentido que, los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como “fallar o proceder ante ley expresa” –delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional.*

**En efecto, la figura del delito de prevaricato, en el sentido de fallar en contra de ley expresa, es propia del Estado legal, en el que la máxima expresión del derecho y la fuente hemónica<sup>31</sup> es la ley; con lo cual, este tipo penal no se compadece con el sistema de fuentes del Estado constitucional,<sup>32</sup> en el que se reconoce como manifestaciones jurídicas vinculantes, es decir fuentes del derecho, a la jurisprudencia, políticas públicas, justicia indígena, bloque de constitucionalidad, entre otras fuentes.**

(...)

En este contexto, esta Corte Constitucional, sobre la base de las consideraciones jurídicas antes expuestas y en virtud de las atribuciones establecidas en el artículo 436 numerales 3 y 6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; *en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional<sup>33</sup> y en unidad de criterio con el precedente Número 003-10-SIC-CC, determina que el delito de prevaricato, tanto en la legislación penal derogada como en la actual legislación, no se aplica en el contexto de la justicia constitucional. Es decir las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías constitucionales, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción denominada como prevaricato; por tanto, no pueden ser procesados y mucho menos sancionados penalmente por dicho tipo penal.”*

31 Debería decir “hegemónica”, pero en el texto de la sentencia consta “hemónica”.

32 Las negrillas son nuestras.

33 Las cursivas son nuestras.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

A continuación nuestros comentarios:

1.- Es evidentemente falso que los jueces que conocen garantías constitucionales estén algo así como *condenados a la subsunción propia de las descripciones legales* y por ello no queda más que reconocerles jurisprudencialmente *el privilegio de no tener que respetar las leyes de la República*, pues no otra – el irrespeto a las leyes– es la explicación jurídica para excluir la posibilidad de cometer el delito de prevaricato cuando resuelven sobre garantías constitucionales, pues tal delito se configura esencialmente porque estando obligados los jueces a aplicar un mandato expreso de la ley no lo hacen, violentando su obligación de actuar positivamente. Tal obligación surge necesariamente como efecto de su imperativo de respetar las leyes de la República. El respeto genera la consecuencia de deber imponerlas.

El juez que conoce de garantías constitucionales no está obligado a la verificación de la *clásica subsunción cuando aplica la Constitución*, pero igual hace un ejercicio de subsunción. Su papel es el de comprobar si efectivamente se han violado derechos reconocidos en la Constitución, y en función de ello actuar en consecuencia. El juez debe auscultar si la hipótesis de violación del derecho reconocido constitucionalmente planteada por el demandante efectivamente se ha producido, y por lo mismo confirmar si la descripción que da lugar a la *procedencia* de la correspondiente garantía constitucional se ha cumplido; es decir, si la conducta del agente se subsume en la pertinente norma constitucional. Luego, el juez que conoce de las garantías referidas, insistimos, también hace un ejercicio de análisis de subsunción respecto de los hechos frente a la norma jurídica; sólo que es una subsunción diferente, pues la norma objeto de análisis es de rango constitucional y las descripciones propias de este tipo de disposiciones son más breves que las legales.

Aquello de que “los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como *“fallar o proceder ante ley expresa”* –delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional” *¡¡¡es pura especulación!!!*

2.- Con frecuencia las leyes viabilizan el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución no obstante el dogma de su directa e inmediata aplicación según el principio contenido en el párrafo primero del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución del Ecuador.<sup>34</sup> Es decir, la ley puede perfectamente y en forma válida hacer ciertos desarrollos respecto de derechos contenidos en la Constitución. Si llegase a darse el caso de que a título de facilitar el ejercicio de los derechos lo que se hace es entorpecerlos, afectar su contenido esencial, entonces el juez deberá aplicar la Constitución

34 Que dice:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

como norma jerárquica superior ante el conflicto surgido con la norma de rango inferior, y superar así la afectación del derecho reconocido constitucionalmente. Pero esta situación debe entenderse lógica y racionalmente que es una excepción, no una regla. No es, pues, este evento infrecuente un sustento determinante para justificar la no necesidad de respetar la ley pertinente por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales.

3.- Justificar la exclusión de la posibilidad de cometer el delito de prevaricato en la hipótesis planteada dizque “en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional” para nada constituye un razonamiento jurídico de peso, ni siquiera razonablemente creíble, pues no hay ninguna relación de causalidad necesaria entre no aplicar la ley pertinente en un caso concreto de garantía constitucional y la “autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional”. Lo uno no lleva a lo otro en forma real ni aparente.

El argumento de la “correcta tutela de los derechos constitucionales” tampoco es útil para sustentar la posición de la Corte, ya que de igual manera no hay relación de causalidad necesaria. En definitiva, la Corte Constitucional plantea quebrar el mandato supremo de *acatar y cumplir la ley* como símbolo de deber y responsabilidad ciudadana. En efecto, el artículo 83 numeral 1 de la Constitución vigente ordena:

**“Art. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”

Pero no sólo eso. La posición de la Corte supone también romper la básica e irremplazable regla de que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...” contenida en el artículo 233 párrafo primero de la Ley suprema.

Por lo demás, la varias veces referida exclusión implica una discriminación respecto de los jueces que no conocen de garantías constitucionales, pues la Corte no los trata jurídicamente de igual manera a pesar de que ambos deben resolver conflictos judiciales. Esto en rigor de Derecho, pues en la práctica sería un despropósito gigantesco universalizar la irresponsabilidad ante la quiebra del deber de aplicar las leyes pertinentes en el caso concreto.

El principio de legalidad y la necesidad de cumplirlo no son un juego. Ya la Constitución publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 determinaba con elocuencia en el artículo 3 que “Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales.”

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

*El juego argumentativo que hemos referido obedece a un patrón conceptual: dejar sentada la prevalencia de los principios (no el de legalidad) sobre las reglas.*

4.- Aquello de que la figura del delito de prevaricato en el sentido de fallar en contra de ley expresa es propia del **Estado legal**, es, lamentablemente, una afirmación temeraria que supone el desconocimiento de una realidad jurídica incontrastable: la vigencia plena del principio de legalidad, reconocido ya, como hemos revisado, en un sentido menos acabado que el actual, en el artículo 3 de la Constitución de 1967, y confirmado en diversas Constituciones ecuatorianas, y por supuesto en la actual. Parecería según la Corte que el principio de legalidad no está vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia proclamado en el artículo 1 de la Ley Suprema. Pero no hay tal, el artículo 226 de la Constitución lo describe explícitamente. Y más aún, el Estado ecuatoriano sigue siendo un Estado de Derecho.

El principio de legalidad pudo ser más enfático en el Estado legal de Derecho, pero está plenamente vigente y es imperativamente aplicable y exigible en el Estado constitucional de derechos y justicia; lo que no significa que no haya una sólida primacía de la Constitución.

Si analizamos en perspectiva la afirmación de la Corte Constitucional es claro que habría un razonable espacio para considerar que cualquier infracción administrativa o penal fundada en la exigibilidad del cumplimiento de ley expresa ha perdido eficacia jurídica. La razón es obvia: hemos “superado” el Estado legal de derecho. Nos rige el Estado constitucional de derechos y justicia. Además: igual razón, igual disposición. El espacio al que hacemos referencia también alcanzaría a la administración pública, situación realmente delicada, pues la ley es la fuente de la competencia administrativa a la vez que el freno o límite de las actuaciones de las autoridades y servidores de la misma naturaleza.

De un plumazo la Corte Constitucional—lo afirmamos, como siempre, con respeto— en la sentencia referida “mató” la necesidad de respetar la ley expresa, como sinónimo de regla, por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales. *La razón de fondo de tan singular proceder es el privilegio de los principios por sobre las reglas, lo cual es muy propio del neoconstitucionalismo.* Para nosotros, lo decimos una vez más, el problema está en la estandarización o generalización de la primacía de los principios sobre las reglas. Aquellos pueden efectivamente derrotar a éstas, pero no por el solo hecho de ser tales.

¿Resistirá la ley la hostilidad del neoconstitucionalismo? ¡¡¡No sabemos hasta cuándo!!!

### e) Reflexiones finales

El Derecho no es una ciencia exacta ni absoluta. Su desenvolvimiento y aplicación dependen de una serie de elementos, técnicos y operativos. Su estructura debe

necesariamente recoger elementos de moralidad, pues el ser humano es moral. No obstante, la incorporación de expresiones de moralidad puede restarle objetividad, pero es un precio que hay que pagar, pues desentenderse de esa necesidad puede traer consecuencias peores. ¿Cuántas porciones de moralidad deben tener las normas jurídicas? Difícil respuesta. Radicalizar la moral como componente del Derecho y sus normas es un grave error. El Derecho no es la moral que se canaliza por medio de normas jurídicas. Es regulación que debe tener ingrediente moral. El *deber ser* en función de la moralidad y de otros factores como los principios y los valores siempre será un tema difícil.

Aquello de que la Constitución ecuatoriana es axiológica, que está llena de valores da para construir las respuestas más extremas por parte de la Corte Constitucional, situación que resta certidumbre a los interesados, pues cada Corte puede tener apreciaciones diferentes respecto del deber ser, a su vez por factores de tipo personal de sus integrantes. La carga axiológica de las sentencias es reflejo de la carga axiológica de la Constitución. Tenemos que vivir con ello. Robert Alexy<sup>35</sup> planteó hace mucho tiempo que “mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra a sí mismo cargado con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Y ésta no es una carga pequeña.”

La lucha por el Derecho debe conducirnos a una lid intensa, diáfana y leal por los derechos. Son batallas para las que siempre debemos prepararnos. La victoria depende en parte de nosotros y en parte del legislador y de los operadores jurídicos. Debemos hacer realidad el derecho subjetivo, al cual lo entendemos como *el poder jurídico que tiene el titular del mismo o un tercero legítimamente habilitado para proteger las ventajas, beneficios o situaciones favorables que producen los bienes jurídicos comprendidos en el derecho, manteniendo su idoneidad, esto es, conservando tales ventajas, beneficios o situaciones o exigiendo su eficacia plena e integral.*

Cada uno tiene su derecho y los abogados estamos para batallar por él. La lucha por ese *poder jurídico* es una lid a favor de la sociedad, por ello y por nosotros mismos debemos llevarla con decencia y sin descanso.

## BIBLIOGRAFÍA

Constitución del Estado de Quito o “PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO.” De 15 de febrero de 1812. Trama Ediciones. 2012. ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2009-2013.

Constitución del Estado del Ecuador, de 1830, contenida en la obra “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR” de Federico Trabucco. Universidad Central-Editorial Universitaria Quito-Ecuador, 1975.

35 En su obra “El concepto y la naturaleza del derecho”. Marcial Pons. MADRID. 2008. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. Página 49.

## ¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

Constitución Política del Estado Ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008.

Sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009.

Sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015.

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 479 del 2 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 141-18-SEP-CC, CASO No. 0635-11-EP, del 18 de abril de 2018, conflicto laboral-constitucional, CERVECERÍA NACIONAL.

Artículo “NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO”, de Susana Pozzolo, contenido en el libro “Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”. Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición.

“Apuntes de teoría del Derecho”. Luis Pietro Sanchís. Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011.

“neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. Miguel Carbonell. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito. Ecuador.

“EL IMPERIO DE LA JUSTICIA”. Ronald Dworkin. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012.

“El concepto y la naturaleza del derecho”. Robert Alexy. Marcial Pons. MADRID. 2008. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES.



# NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL<sup>36</sup>

DANNY JOSÉ CEVALLOS C.<sup>37</sup>

## Resumen

Este trabajo intenta establecer el *qué* (Derecho), el *cómo* (la metodología) y el *para qué* (qué fines) de la enseñanza del Derecho dentro del Estado constitucional democrático. Para contestar aquello, primero se realiza una delimitación de las concepciones del Derecho que compiten dentro de este modelo de Estado. Luego se reflexiona sobre dichas preguntas desde los elementos de las concepciones jurídicas más relevantes, y con base en ello se evalúa la capacidad de esas posiciones teóricas para dar cuenta satisfactoriamente –o no– de una metodología adecuada y de su potencial para alcanzar los fines perseguidos por la educación jurídica y por el propio fenómeno jurídico del Estado constitucional de Derecho, como ideal regulativo. Se concluye que el *postpositivismo* se posiciona como la concepción teórica más adecuada para abordar esos tres componentes en la enseñanza del Derecho actual.

## Palabras claves:

Enseñanza del Derecho, Estado constitucional, constitucionalismo jurídico, teoría del Derecho, postpositivismo.

## I

Son muchos y muy variados los elementos, factores y contextos que deberían ser tenidos en cuenta, con distintos matices, niveles e intensidades, para abordar la cuestión de una “concepción general de la enseñanza del derecho” –para usar la expresión de Martin BÖHMER<sup>38</sup>– en la actual era del Estado constitucional democrático de Derecho. Las cuestiones van desde las relacionadas propiamente con las universidades como instituciones, sus contextos –ventajas o dificultades– políticos, sociales, económicos, el diseño y planificación curricular de la carrera, las condiciones generales y las particulares del alumnado –niveles cognitivos y habilidades previas–, el tipo de sociedad donde se realizan esos estudios, etcétera.

36 Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86643-P) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), Unión Europea. Me he beneficiado de conversaciones sobre varios de los temas aquí tratados, con Victoria Roca, Soledad Ruiz de la Cuesta, Josep Aguiló, Manuel Atienza, Daniel González Lagier, Lucas Misseri y Juan Jesús Garza Onofre, a quienes agradezco. Los posibles equívocos que aquí subsistan responden únicamente a mis obstinaciones.

37 Doctorando en Derecho e investigador predoctoral del departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante. Profesor invitado en la Maestría de Derecho Constitucional y en la Maestría de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: danny.cevallos@ua.es.

38 Martin BÖHMER, “Introducción”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Martin BÖHMER (compilador), Gedisa, Universidad de Palermo, *Yale Law School*, Barcelona, 1999, p. 14.

Somos proclives a dejarnos llevar por modas intelectuales y ser arrastrados sin oponer mayor resistencia por la mercantilización que ha sufrido la educación superior. No es de sorprender que tengamos tendencia a “comprar” e incorporar alegremente, sin una sincera y profunda reflexión sobre su necesidad y adecuación, figuras, corrientes e instituciones muchas veces sin sustrato, que no son más que humo y sofismo en atractivos envases retóricamente presentados pero de contenido teóricamente vacíos. Creo que en los planes de estudio de muchos de nuestros países –iberoamericanos– existe cierta dificultad en cuanto a poder captar qué Derecho, qué idea y fin como tal subyace ahí y cuáles son las materias o temas que, desde una cierta noción del Derecho, son las fundamentales y necesarias, y cuáles son inclusiones de temas para atraer “clientes”. Toda esta oferta teórica desorientada lo que hace en realidad es confundir y meter ruido teórico en los planes de estudio, lo que, a su vez, incrementa la opacidad respecto de la noción del Derecho que se quiere enseñar, y la que, por ende, los futuros profesionales del Derecho aplicarán.

Además, la mercantilización de la educación<sup>39</sup> y la masificación de la enseñanza<sup>40</sup> vista como producto transaccional de una concepción empresarial<sup>41</sup>, junto con desafortunadas decisiones políticas estatales en materia de educación pública<sup>42</sup>, son factores que, como bien dice Martha C. NUSSBAUM, impulsan una educación “para el lucro” por sobre una educación para la libertad, y fomentan la desaparición paulatina de las artes y las humanidades<sup>43</sup>, que son las que mejor nos ayudan a desarrollar empatía por los demás, a poder captar al otro, en términos kantianos, no como un medio sino como un fin en sí mismos, lo cual, a su vez, se vuelve “una herramienta de gran alcance hacia el cambio de comportamiento”<sup>44</sup> de las personas y en una capacidad que “brinda un apoyo crucial tanto al pensamiento crítico como a la ciudadanía mundial”<sup>45</sup>. Desarrollar este tipo de cualidades y sensibilidad como persona humana, como se

39 Reflejada incluso en la terminología usada. Ahora las materias se componen *de* y se pagan *por* “créditos”, hasta en el trato alumno-profesor casi asimilado ya al de cliente-proveedor de servicios.

40 Que no es lo mismo que la democratización del acceso a la educación universitaria. Aquí estoy pensando sobre todo en la explosión de las ofertas de estudios universitarios de grado y postgrado –como un negocio, en sentido estricto–, lo que ha fomentado la “titulitis” y donde la calidad podría estar en entredicho.

41 Que “...lejos de aproximarse a un modelo ideal de buen jurista, han generado una estructura educativa que favorece el conocimiento exprés y la distorsión de la figura del profesional jurídico”. Soledad RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, *El buen uso de la Universidad*. Ponencia presentada en la sesión “Desarrollo de competencias docentes”, en el marco del Congreso CEEAD 2016, 27 al 30 de abril, Monterrey, México, p. 14.

42 Otro tema que hay que discutirlo más y en serio es la cuestión de los sistemas de evaluación, acreditación y similares, de los profesores e investigadores. Por ejemplo, los criterios usados para ciencias “duras” –que son los generalizados y que han imperado–, no pueden ser aplicados mecánicamente y sin más a trabajos reflexivos sociales, de humanidades, de metodología distinta. El énfasis sobre lo cuantitativo parece aplicarse, a mi criterio, desmedidamente frente a lo cualitativo, pues lo que importa, parece ser, es la producción en masa de publicaciones, dónde se publica, etcétera, y no su contenido como tal –por más que se aparente lo contrario–. Todo ello lo que alienta es la (sobre)producción y (sobre)publicación masiva, en muchos casos, de trabajos sin sentido, para “innovar” y puntuar, pero que en realidad terminan confundiendo todo, además de fomentar y alimentar, en ocasiones, el negocio de las editoriales, revistas y de las bases de datos de pago. Pero bueno, eso es ya toda otra historia.

43 Martha C. NUSSBAUM, *Educación para el lucro, educación para la libertad*, en *Nómadas*, No. 44, abril 2016, p. 13.

44 *Ibidem*, p. 23.

45 *Ibidem*.

verá luego, aporta también a la consecución del ideal regulativo del Estado constitucional de Derecho<sup>46</sup>.

Ahora, una vez dicho esto, y obviamente sin restar la importancia que todos los demás elementos ciertamente tienen, en este trabajo pretendo focalizarme únicamente en la esencia jurídica de la cuestión y referirme a las “partículas fundamentales” que estructuran el “átomo” del tema de la enseñanza del Derecho. En el análisis así delimitado se entremezclan e interactúan cuestionamientos como los de qué concepción del Derecho enseñamos, las formas y metodologías para enseñarlo, los resultados u objetivos que se esperan alcanzar con dicha enseñanza y, en consecuencia, qué tipo de juristas estamos preparando para nuestras sociedades. Dicho de modo sintético: el *qué* (Derecho), el *cómo* (la metodología) y el *para qué* (qué fines) se lo enseña<sup>47</sup> serán las cuestiones que tendré presente aquí para reflexionar sobre la enseñanza jurídica.

## II

Hace ya varias décadas, Francisco J. LAPORTA sostenía que las orientaciones en materia de enseñanza del Derecho derivaban principalmente de dos posiciones muy generalizadas en las facultades de Derecho: “La primera, de índole teórica, es la aceptación, tácita pero muy generalizada, de una cierta concepción [iuspositivista] del derecho y de una cierta concepción sobre el proceder cognoscitivo del jurista teórico; la segunda, de índole más estrictamente pedagógico, es la también tácita pero igualmente generalizada aceptación de un esquema didáctico pasivo y memorista”<sup>48</sup>. Creo que lo diagnosticado por LAPORTA continúa vigente y, por ende, su descripción me es pertinente como punto de partida para aproximarme desde ella a los cuestionamientos a la enseñanza del Derecho en las primeras décadas de este siglo en nuestras universidades iberoamericanas –que son las que tengo en mente en este trabajo–<sup>49</sup>.

46 Comenta Manuel ATIENZA que “Kronman también dice algo parecido; en su opinión, la sabiduría práctica del jurista, su capacidad deliberativa, requiere que los juristas sepan también –además de Derecho en sentido estricto– literatura, historia o retórica. Recuerdo haber leído una carta del juez Frankfurter a un adolescente que tenía el propósito de ingresar en la Escuela de Derecho de Harvard y le pedía consejo sobre qué libros jurídicos leer como preparación. El juez le aconsejaba que escuchara música y leyera literatura. El Derecho ya lo aprendería cuando llegara a la universidad”. *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 818. En dicha carta –a la que hacía referencia ATIENZA– el juez Felix FRANKFURTER, entre otras recomendaciones, decía: “MY DEAR PAUL: No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man. (...) The best way to prepare for the law is to come to the study of the law as a well-read person. (...) No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings, in the original or in easily available reproductions, and listening to great music (...)”. “Advice to a Young Man Interested in Going into Law (1954)”, en *Of Law and Men. Papers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*. Archon Books, Hamden, Connecticut, 1ra. reimpresión, 1965, p. 103.

47 Rodolfo VÁZQUEZ, “Derecho y educación”, en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p. 244.

48 Francisco J. LAPORTA, *Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho*, en *Sistema*, No. 22, Revista de ciencias sociales, enero 1978, p. 107.

49 No pretendo hacer falsas generalizaciones, simplemente creo que todo lo que se diga de aquí en adelante sobre educación y enseñanza del Derecho, es posible de ser predicado de los países cuyo *Derecho* responde a la herencia europea-continental de tradición germánico-romana. No obstante, está claro que en diversos contextos y circunstancias, cabrán y serán necesarias matizaciones y excepciones.

En efecto, las orientaciones y posiciones de una concepción iuspositivista y de un aprendizaje pasivo y memorista del Derecho siguen estando presentes y juegan un rol considerable –consciente o no– en la formación jurídica. No obstante, es cierto que actualmente lo hacen en grados –niveles– e intensidades relativas y/o menores, al menos en apariencia. Y digo en apariencia porque la reducción de esas posiciones respondería a las matizaciones y ajustes (actualizaciones) de índole teóricos, prácticos, pedagógicos – v.g. tecnológicos– y políticos que se vendrían aplicando en general en nuestras universidades, pero que creo que, en el caso específico de la enseñanza del Derecho, no han acertado en lo medular, en lo sustantivo, y que, al contrario, lo que van logrando es opacar y entorpecer más la enseñanza del Derecho sin realmente reducir ese sustrato fuertemente formalista.

En adelante, procuraré describir algunos de esos elementos que se entremezclan e interactúan como parte de la complejidad y las tensiones que el fenómeno jurídico en los estados actuales implica, mientras intento abordar aquellas tres cuestiones antes sugeridas. En ese proceso argumentativo espero llamar la atención y explicitar las razones que entiendo como necesarias –aunque seguramente no del todo suficientes– para defender una específica posición frente a qué concepción del Derecho enseñar como base teórica sobre la cual, a su vez, pivotarán las ideas de método y fin y los cambios primordiales –sustanciales– que deben operar realmente –y no en apariencia– para una adecuada y actual enseñanza del Derecho.

### III

Qué concepción del Derecho enseñar es algo complejo de abordar pero, sin duda alguna, es una discusión impostergable y necesaria. Esto a su vez nos lleva de vuelta a repensar asuntos como qué es Derecho, cuáles son sus fuentes y cuál es la mejor –aunque no la única– posición teórica para dar cuenta del fenómeno jurídico en los estados constitucionales<sup>50</sup>. Lo cierto es que esos cuestionamientos continúan siendo el centro de constantes disputas teóricas; de hecho, muchos desacuerdos genuinos entre relevantes figuras académicas en el fondo han girado –y siguen girando– sobre la teoría del Derecho que consideran como la apropiada para entender, explicar y enseñar el fenómeno jurídico, y, en ocasiones, sobre cómo actuar en el mundo a raíz de eso.

No me interesa aquí –y tampoco es el lugar para– hacer un repaso de tipo histórico-descriptivo de las corrientes de pensamiento jurídico, ni para detenerme a profundidad en las razones sustantivas detrás de cada posición teórica; mi propósito es mucho más modesto. Lo que sí me interesa es entrar en un ejercicio dialéctico con algunas concepciones del Derecho, que entiendo como las más interesantes y difundidas, que me permita evidenciar *cómo de una concepción del Derecho determinada se desprende un tipo de enseñanza jurídica específica*<sup>51</sup>, lo que, consecuentemente, termina

50 Cuyas características, con mayor o menor robustez, compartimos los países iberoamericanos.

51 Rodolfo VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 246.

condicionando y, a veces de forma absoluta, determinando también el tipo de facultad, de profesor, de alumno, de profesional jurídico, e incluso la percepción ciudadana en general respecto del Derecho y su función.

### IV

Llegados a este punto resulta imperativo contextualizar la discusión y delimitar el escenario dentro del cual ésta se produce. Pues bien, no hay que olvidar que las reflexiones, comentarios y argumentos que aquí se esgrimen se mueven siempre dentro de la noción del Estado constitucional democrático, y, en tal sentido, como condición previa exige dar por aceptada la existencia de dos hechos que, creo, son innegables e irrefutables: la *evolución del constitucionalismo contemporáneo* y el *fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos*. No obstante, en esa línea de ideas hay que tener claro que, efectivamente, “una cosa es reconocer el «hecho histórico» del paso del «imperio de la ley» a la «constitucionalización de los órdenes jurídicos», y otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio”<sup>52</sup>.

Ahora bien, para los fines expositivos de este trabajo, aunque sé que cada una de las siguientes “etiquetas” quiera decir más, estipularé aquí que los desacuerdos teóricos más interesantes respecto de “qué” Derecho –“en” y “para” el constitucionalismo– se reflejan en las disputas entre quienes sostienen las siguientes posturas:

a) Una posición crítica hacia el constitucionalismo jurídico (entendido éste como la teoría/filosofía del Derecho del Estado constitucional) y descartan la necesidad de un nuevo marco de teoría jurídica para el Estado contemporáneo, defendiendo la necesidad de continuar dentro de un positivismo jurídico “duro”. En general, se entiende aquí que ver y aplicar el Derecho de forma distinta a la noción de “ley”, es decir, tratando de desbordar la normativa jurídica dada y expresa, es poner en riesgo el logro civilizatorio del Estado de Derecho y de características tales como la generalidad de las normas jurídicas, de la seguridad y la certeza del Derecho, o del “gobierno de las leyes” como contraposición al “gobierno de los hombres” –que en el constitucionalismo lo ven reflejado en las élites intelectuales y judiciales<sup>53</sup>–. Ahora, también existen posturas que defienden una versión teórica que daría mejor forma y cabida a un positivismo jurídico *perfeccionado* como modelo teórico plenamente satisfactorio para el Estado constitucional y los derechos fundamentales, –v.g., el constitucionalismo *garantista* en la propuesta de Luigi FERRAJOLI–, marcando distancia con la posición “paleopositivista”; pero, asimismo, manteniendo la conveniencia de considerar *sólo* elementos como la positividad de las normas jurídicas, su forma de reglas y la subsunción, evitando o descartando los principios y la ponderación. Agrupo entonces aquí a las posiciones que por sus características, por su “aire de familia”, se vinculan al positivismo jurídico,

52 Josep AGUILÓ, *Positivism y Postpositivism. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 30, 2007, p. 667.

53 Josep AGUILÓ, *op. cit.*, pp. 667, 668.

en especial con los rasgos más legalistas, formalistas, normativistas y convencidas de la tesis de la separación conceptual estricta entre el Derecho y la moral.

b) Una posición que plantea que ciertamente la constitucionalización de los ordenamientos exige repensar las anteriores estructuras jurídicas, siendo necesario construir nuevas posiciones teóricas que efectivamente den cuenta y abarquen la variedad y complejidad de todo el actual fenómeno jurídico, de sus reglas pero también de sus principios, y permitan entender –actualizar– al Estado de Derecho como un Estado constitucional democrático, centrado en la noción de derechos y en la importancia de la argumentación como forma de control racional del poder. Esto, vale señalarlo claramente, no es una obra acabada sino un ideal regulativo en construcción. Incluyo entonces aquí a las posiciones con características o elementos no-positivistas, postpositivistas, “neoconstitucionalistas”<sup>54</sup>, que suelen poner el acento, con diversos grados y condiciones de exigencia fácticas y jurídicas –y esta distinción es importante tenerla en cuenta–, en la realización de los derechos como fin –y a veces, por sobre las formas y las instituciones–, y entienden el Derecho como una práctica social argumentativa, deliberativa y democrática, orientada por los fines y valores propios del constitucionalismo, que son –o pueden ser, en sentido amplio– tanto políticos como morales, con enfoque y pretensiones de universalidad; y,

c) Una posición *crítico-realista* y sociologista que, aunque puede vincularse inicialmente con posiciones iuspositivistas por su cercanía a las tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la separación entre Derecho y moral, creo que resultará más claro mencionarlas por separado. Si bien aquí también se trata de un conjunto de posiciones de muy diverso origen, es posible sostener que comparten la idea base de, a partir de observar y analizar cómo opera el mundo real y no “el de los libros” –sus dinámicas, instituciones, qué hacen de verdad los jueces, abogados, legisladores, etcétera–, criticar (denunciar) la falta de efectividad del Derecho como verdadero instrumento de cambio social. En esta posición, el interés no está en la cuestión formal-estructural de los sistemas, en el análisis lingüístico de las normas o en las relaciones lógicas y el análisis “interno” y autónomo del Derecho, sino, más bien, le interesa el punto de vista sociológico, la dimensión del análisis “externo” del Derecho y su eficacia social para, con base en ello, realizar críticas y denuncias con intenciones de corrección política respecto del papel fallido del Derecho y sus instituciones, tratando de incidir de manera radical en la docencia y con una agenda política en las aulas universitarias<sup>55</sup>. Incluyo entonces aquí

54 Expresión a la que el prefijo “neo” le sobra y crea confusión. Incluso creo que si se usa esta expresión para referirse a una teoría del Derecho –como se ha pretendido especialmente en América Latina, pero de la que realmente no se sabe qué es– debería ser descartada. No obstante, hago invocación del término aquí para contextualizar mejor la discusión, dado lo difundido de dicha denominación que, en mi opinión, respondería más bien a las ideas de corrientes iusnaturalistas o iusmoralistas. Cfr. Danny José CEVALLOS, “El Estado constitucional de Derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, Fundación Konrad Adenauer, en imprenta, notas al pie 68-70. Cfr. también, *in extenso*, Manuel ATIENZA, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 117 ss.

55 Cfr. *in extenso*, Duncan KENNEDY, *Politizar el aula*, en Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, No. 10, 2007, pp. 85-94.

## NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

a enfoques como el del marxismo jurídico, de la escuela del Derecho libre, del realismo escandinavo, de la *Critical Legal Studies* o escuela de “Estudios Críticos del Derecho”<sup>56</sup>, del constitucionalismo popular y el del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”<sup>57</sup>, que en las últimas décadas han tenido cierta presencia y difusión en América Latina –muy en general lo digo–. Estas son posiciones a las que no les interesa la filosofía/teoría del Derecho *stricto sensu*<sup>58</sup>, sino la dimensión de filosofía/teoría política y social del constitucionalismo, y en las que subyacen, aunque con matizaciones necesarias, enfoques comunitaristas<sup>59</sup> y no propiamente con pretensiones de universalidad.

Por último, vale dejar constancia aquí también que si bien una posición iusnaturalista tiene una relevancia más que justificada para estudiar y entender la historia del pensamiento jurídico, creo que, dado el reducido interés que genera esa posición dentro del debate teórico-jurídico central por las concepciones que compiten actualmente, la influencia de dicha noción, dentro de los estudios y la enseñanza del Derecho de hoy, no suele ir más allá de ese escenario, es decir, de su necesario repaso dentro de la historia del pensamiento jurídico. Es por esto que en el análisis de este trabajo esta posición teórica no es gravitante.

## V

Con las estipulaciones anteriores, que intentan exponer las diversas concepciones, posiciones o perspectivas del Derecho que coexisten y compiten dentro del señalado Estado constitucional, es posible ahora sí comenzar a discutir sobre la enseñanza, métodos y fines de la formación jurídica<sup>60</sup>. Retornamos entonces a las cuestiones inicialmente planteadas, entendidas dentro del ideal regulativo del Estado constitucional democrático.

En nuestros países a la enseñanza del Derecho tradicionalmente la ha perfilado una concepción *positivista ortodoxa, formalista*, que responde al modelo del Estado legalista, y en la que se ha venido explicando y transmitiendo al Derecho como un conjunto de

56 Sobre esta escuela en particular, Rodolfo VÁZQUEZ comenta que: “Pese a la variedad de propuestas y de orígenes teóricos diversos, la cohesión de este movimiento opera no tanto en el plano «intelectual-sustantivo» sino en el plano «político» y «sociocultural» (...). Obviando las diferencias históricas y geográficas se podría decir lo mismo de nuestros teóricos del Derecho latinoamericanos”. Especifica además que “En lo político, como afirma Juan Antonio Pérez Lledó, en un sentido o bien muy general de valores y actitudes de ‘izquierdas’ compartidos o bien muy concreto de ‘activismo’ en disputas políticas cotidianas. Y ‘sociocultural’ porque CLS es una red de relaciones entre académicos que generacionalmente (...) comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta...”. *Op. cit.*, p. 248.

57 Que se interesa por la cuestión –la dimensión político-social– del origen de las constituciones y de sus contenidos.

58 Y en tal sentido son *parasitarias* de otras teorías jurídicas.

59 De una esencia y una identidad específica, puntualmente determinada.

60 Comenta Manuel ATIENZA: “El problema fundamental de la enseñanza del Derecho no estriba en que se trate de una enseñanza demasiado teórica, sino más bien en que no existe una auténtica teoría, una teoría práctica y crítica. Una teoría que rehúye la práctica o que acepta simplemente lo establecido, no pasa de ser falsa teoría, pensamiento abstracto, ideología”. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?, en *El Basilisco*, No. 5, noviembre-diciembre, 1978, p. 18.

normas jurídicas con forma primordialmente de reglas, producto de actos de poder, coercitivas, de aplicación generalmente mecánica con base en una estructura lógico-substantiva –deudora del método científico–, y donde lo que ha primado, como actitud, es la tarea de velar y resguardar las formas y lo institucional, y en ese sentido, –al menos tendencialmente– “aséptico” a cuestiones valorativas, y por tanto, como cosa distinta e indiscutiblemente separable –como discurso y como práctica– de lo moral y lo político.

Situados desde esa posición, en los planes de estudio se ha visto a las materias como bloques estructuralmente separados, donde ciertas áreas del Derecho ejercen gran influencia y acaparan una centralidad indiscutible durante el proceso de formación –v.g. Derecho civil y su fragmentación por libros, Derecho penal, procesal, administrativo, (dogmática) constitucional, etcétera– pero que apenas dialogan entre ellas, relegando a lugares marginales y con un espacio curricular insipiente a otras materias que también hacen parte del Derecho pero que al estudio del Derecho desde esta óptica no le interesa profundizar –v.g. deontología profesional, sociología jurídica, filosofía jurídica (como algo más allá de las relaciones lógico-formales de las normas y los sistemas normativos)– .

Si se entiende entonces por Derecho “válido” primordialmente al Derecho “legislado” –el *positum*, el puesto o dado– y reducido, como fuente, al normativismo constante en los códigos, reglamentos, precedentes judiciales y demás, y a la sistematización y explicación –sin compromiso interno– hecha por la dogmática, se tiene como consecuencia, en cuanto a la metodología de enseñanza y de aprendizaje, que los profesores se limitan sólo a transmitir conocimiento específicos y dados, a través, generalmente, de las llamadas “clases magistrales”, donde intervienen como cajas de resonancia de contenidos estáticos y de repetición de ideas, de conceptos e instituciones jurídicas ya dadas. Al docente no le interesa entrar a cuestionar lo que imparte o lo evita por innecesario, pues entiende que ello es tarea del legislador y de decisiones políticas. Las críticas, debates y desacuerdos se darán, si acaso, sobre los aspectos semánticos y lingüísticos de los textos jurídicos, más no respecto de su dimensión sustantiva. Además, desde esta perspectiva, la imagen del profesor del Derecho como “profesión” no suele ser tan alentadora, pues “si esta repetición es la que se exige en la enseñanza del Derecho, entonces parece claro que no se necesita de docentes profesionales”<sup>61</sup>, y, en tal sentido, “la tarea universitaria se parece más bien a un *hobby* que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos [los profesores], la enseñanza del derecho es una tarea subordinada a la principal que es, en general, la de trabajar como abogado o juez”<sup>62</sup>.

En cuanto a los alumnos, estos resultan en receptores pasivos de esa actividad transmisora descriptiva del docente y son evaluados como repetidores de esos contenidos dogmáticos sin mayores capacidades críticas ni investigativas, aprendiendo a ver al

61 Rodolfo VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 247.

62 Martin BÖHMER, *op. cit.*, p. 16. Es necesario precisar que esto se da, además, casi siempre dentro de los contextos institucionales donde no es posible desarrollar, como tal, una carrera académica; bien porque no existe la estructura institucional necesaria, o bien porque aunque existiendo aquello, es remunerativamente poco valorada. En tal sentido, esto ciertamente no se lo puede generalizar sin más.

## NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Derecho desde una concepción jurídica autosuficiente, como un discurso cerrado en sí mismo en el sentido de creer no necesario ver a otros aspectos y dimensiones fuera de la perspectiva formalista y normativista para poder captar y aplicar el Derecho.

Consecuentemente, como resultado de ese contenido y de esa metodología de aprendizaje, los alumnos de Derecho devienen luego en profesionales jurídicos que, asimismo, entienden y aplican el Derecho desde sus rasgos formalistas e institucionales, únicamente. Así, por caso, los jueces formados bajo esta concepción entenderán que su labor se limita a la aplicación mecánica y deductiva de las reglas jurídicas, y serán esquivos y reacios a realizar interpretaciones que desborden esas formas normativas pues ven en ello una extralimitación de sus funciones. Algo similar sucederá con los abogados y el ejercicio de la profesión –salvando, claro está, las diferencias de contexto y función–; estos utilizarán los materiales jurídicos deslizándose entre los textos, codificaciones y precedentes en búsqueda de cuestiones adjetivas y lingüístico-interpretativas que abonen a su posición, sin plantearse la posibilidad de argumentaciones valorativas, e incluso descalificando a las que sí lo hagan como argumentaciones no jurídicas.

En este tipo de formación jurídica, por lo general la educación universitaria no va regida o condicionada –al menos no centralmente– por determinados valores que se vinculen como parte constitutiva y sustantiva de la profesión. Se entiende que las cuestiones de formación como persona, esto es, como individuo moral autónomo situado dentro de una sociedad determinada, corresponde a una esfera privada. En otras palabras, en la facultad se aprende Derecho “puro”, no los principios que puedan orientar al alumno a ser una buena persona o a razonar moralmente de determinada manera, pues el Derecho desde esta perspectiva nada tiene que decir –ni pretende hacerlo– sobre esa dimensión de fuero interno del alumno. Así, el profesional del Derecho será formado y saldrá al mercado laboral como un técnico instrumentalista, probablemente entendiendo el ejercicio de su profesión –sólo– como un mecanismo de lucro individual y con una posición avalorativa respecto del Derecho y sus fines sociales.

En fin, para decirlo en palabras de Rodolfo VÁZQUEZ: “En buena medida esta herencia «continental» ha definido y caracterizado a gran parte de nuestras facultades de Derecho latinoamericanas y no creo exagerar si digo que constituye, para bien o para mal, nuestro paradigma más relevante”<sup>63</sup>.

Ahora bien, he hablado antes de la existencia de varios hechos actuales innegables, a saber: la evolución del constitucionalismo contemporáneo, el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, y la discusión de si el arribo del constitucionalismo demanda o no una nueva (otra) teorización del Derecho. Si esto es así, si estos hechos efectivamente están presentes, es entonces comprensible que la forma tradicional del Derecho y su también tradicional enseñanza se vean remecidas o incluso superadas por las dinámicas y los elementos introducidos en los ordenamientos jurídicos del Estado constitucional de Derecho. Nuevamente, si esto es así, entonces

63 Rodolfo VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 247.

habría elementos suficientes para tirar con fuerza hacia la idea de revisar, y de haber buenas razones, reemplazar, la teoría jurídica anterior, y con ello a la enseñanza de ese Derecho, lo que obliga a dialogar entre sí a todos estos nuevos y viejos componentes.

Situados ahora desde la perspectiva teórica del constitucionalismo jurídico, creo que lo dicho hasta aquí se entenderá mucho mejor si es mostrado en clave dual, comparativa, esto es, entre los elementos y caracteres presentes en el fenómeno jurídico en el Estado legalista, que ha sido lo descrito en el modelo de enseñanza antes abordado, y los del Estado constitucionalista. Una vez hecha esta contraposición se verá de manera clara cómo fluyen *evolutiva y complementariamente* los elementos del primero hacia el segundo, y las implicaciones que esto conlleva para el contenido del Derecho del Estado constitucional y su enseñanza. Me valdré aquí de un didáctico trabajo realizado por Josep AGUILÓ<sup>64</sup>, y expondré en un cuadro los esquemas conceptuales confrontados que, a decir de dicho autor, se generan a partir de los modelos de Estado antes señalados:

### **“DEL «IMPERIO DE LA LEY» AL «ESTADO CONSTITUCIONAL». DEL PARADIGMA POSITIVISTA (LEGALISTA) AL PARADIGMA POSTPOSITIVISTA (CONSTITUCIONALISTA)”<sup>65</sup>**

1. “Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas”
2. “Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación”
3. “De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos”
4. “Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y la ponderación”
5. “Del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas

64 Cfr., *in extenso*, Josep AGUILÓ, *op. cit.*

65 Con esto no se intenta afirmar ni insinuar que ya no “impere” la ley como tal y que el positivismo esté descartado u olvidado. El término “imperio de la ley” sin duda no es unívoco. La idea aquí, para fines didácticos, es registrar el paso *desde* la concepción del imperio de la ley entendido como la “concepción-libro de reglas”, *frente y hacia* el constitucionalismo entendido como la “concepción-derechos”, siendo que la segunda no excluye la primera. Fue Ronald DWORKIN quien propuso esta distinción entre dos concepciones del imperio de la ley –del *Rule of Law*–: “concepción-libro de reglas” y “concepción-derechos”. Francisco LAPORTA ha explicado que a esta segunda concepción se inclinaba DWORKIN, mientras que él (LAPORTA) se inclina más por la primera, que, dice, incluso ha sentido la tentación de traducir como “código” en lugar de “libro de reglas”, pero enfatizando que dichas concepciones no son incompatibles entre sí, pues “...las exigencias implícitas en el ideal del imperio de la ley son una condición *necesaria* para la persecución de todo ideal de justicia, incluyendo ese ideal de justicia que se refleja en los catálogos constitucionales y las declaraciones de derechos fundamentales. Es decir, que aquí, a diferencia quizá que en el pensamiento de Dworkin, no se concibe justicia sustantiva ni material alguna sin la previa justicia formal que emana del imperio de la ley entendido como imperio de reglas jurídicas”. El imperio de la ley. *Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 83, 84.

## NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

6. “De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas”
7. “De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»”
8. “De la separación tajante entre lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo”
9. “De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción de Derecho como práctica”
10. “De «enseñar Derecho es transmitir normas (contenido)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades»”.<sup>66</sup>

La contraposición hecha permite observar claramente el flujo de los elementos de una posición jurídica sólo legalista, dentro de la cual mayoritariamente nos hemos estado formando, hacia una posición jurídica constitucionalista.

Ciertamente la posición jurídica constitucionalista requiere aún penetrar e incidir mucho más en los modelos de enseñanza y aprendizaje del Derecho. Estos modelos deberán tener claro que el flujo antes visto no pretende el abandono del modelo o esquema anterior, sino sólo de ciertos elementos o atributos, sobre todo formalistas y exegéticos, en la medida en que las dinámicas y la práctica argumentativa lo vayan demandando. Lo explicaré mejor: ya se ha visto que de la identificación y aplicación, total o parcial, de los fenómenos incorporados por el constitucionalismo derivan cuestiones relevantes para el quehacer jurídico actual y su formación, y que estos elementos incorporados no necesariamente destierran a los elementos que previamente hacían parte constitutiva del Derecho. La implementación del constitucionalismo como teoría del Derecho y como ideal regulativo *no quiere decir el olvido y el desechar siempre y sin más la concepción previa*, sino que la utilización o no de ciertos elementos dependerá de criterios de evaluación y de adecuación como herramientas pertinentes, necesarias y suficientes o no para dar respuesta a una situación jurídica dada, y visto los fines que el modelo constitucional impone.

Desde esta posición, hay que concluir que la concepción del Derecho que vale cultivar *en y para* el Estado constitucional democrático, es aquella que no ve al Derecho sólo como un conjunto de normas jurídicas con forma reglas sino que, junto con éstas, reconozca los principios y se constituya en un modelo de reglas y principios<sup>67</sup>, valiéndose

<sup>66</sup> Cfr., Josep AGUILÓ, *op. cit.*, pp. 669-675.

<sup>67</sup> Según Marisa IGLESIAS, “HART decía que en sociedades complejas el Derecho no puede ser otra cosa que una unión de reglas primarias y secundarias. Mi sospecha es que en sociedades constitucionalizadas y globalizadas el Derecho no puede ni debe ser otra cosa que una unión de reglas y principios”. **¿Concepción-libro de reglas o concepción-orquesta de normas?**, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial, 2007, p. 138.

tanto de la subsunción como de la ponderación como métodos plenamente operativos dependiendo del tipo de caso; que si bien su aplicación debe responder también a un esquema lógico como corrección formal interna del razonamiento, está abierto también a las dimensiones materiales y pragmáticas de la argumentación jurídica, pues ve al Derecho como una continua práctica social donde se dan razones y relaciones de justificación y de prioridad sustantiva, lo cual no quiere decir que los elementos de autoridad, previsibilidad y límites que impone el Derecho como fenómeno autoritativo puedan y deban ser descuidados u olvidados, pues también deben estar presentes en el razonamiento práctico jurídico precisamente para demarcar el límite racional de dicho razonamiento –la dimensión institucional también es valiosa y necesaria–. En consecuencia, el rol y trascendencia de todo ello deberá ser tenido en cuenta y sopesado a la hora de decidir jurídicamente.

En cuanto a su estudio, entendiendo al Derecho ya no como un campo de conocimiento cerrado en sí mismo, completo y coherente, sino como una actividad y una práctica argumentativa orientada por valores y fines que dialoga con otros saberes y conocimientos para encontrar soluciones, en los diseños curriculares contemporáneos se debe procurar recuperar y/o enfatizar mucho más en materias como la teoría/filosofía del Derecho<sup>68</sup>, abordada desde una dimensión axiológica-prescriptiva y no sólo desde una dimensión estructural-descriptiva. Así, sigue siendo imperiosa la necesidad de prestar más relevancia en los diseños de estudios, en general, a contenidos más humanistas<sup>69</sup> y a materias como la sociología jurídica y la deontología jurídica, consideradas ahora desde el rol del constitucionalismo.

Por su parte, este tipo de Derecho exige de los profesores pasar de la mera actividad de transmitir sólo contenidos, a transmitir contenidos y enseñar a desarrollar habilidades metodológicas orientadas a solucionar problemas prácticos. Dicho de otra manera: exige a los docentes enseñar a criticar dando razones, a pensar, a cuestionar las teorías que evaden la práctica o las que sólo sean reaccionarias y critican –“deconstruyen”– sin aportar soluciones, y también a dotar de herramientas técnicas y de criterios sustantivos que permita hacer a la teoría del Derecho del Estado constitucional una teoría con alcance e incidencia realmente práctica y efectiva. Aquí, el enseñar, inculcar

---

68 Afirma NUSSBAUM que “Comúnmente, los argumentos legales hacen uso de conceptos a cuya comprensión los filósofos profesionales han dedicado grandes esfuerzos”. *El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho*, en Academia, Revista sobre la enseñanza del Derecho, No. 14, 2009, p. 36. Cabe aclarar que este tipo de materias tienen larga tradición en la enseñanza del Derecho en los países del *civil law*, no así, como materia propiamente dicha, en los países del *common law*. En ese sentido, en nuestros países –iberoamericanos– se trataría más bien de recuperar el peso o énfasis en el contenido de este tipo de materias que habían quedado prácticamente relegadas, y actualizarlas –si cabe la expresión– con relación al constitucionalismo jurídico.

69 “Un jurista de entonces, en un tono de suave ironía, reivindicó los ‘saberes inútiles’ (la historia, las filologías, la crítica literaria, la filosofía, la musicología...) que (...), como ahora estamos empezando a ver, pueden convertirse en los más útiles de los saberes, una vez que la inteligencia artificial y la robótica están aumentando el tiempo que podemos dedicar a tareas no productivas económicamente hablando (...) ¿Quizás incluso haya que decir que los juristas, con cierta frecuencia, muestran tener más capacidad que los científicos para entender aspectos relevantes del mundo social, que es, al fin y al cabo, en el que todos estamos instalados, la ciencia incluida?”. Manuel ATIENZA, *Una apología del Derecho*, Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, No. 78, noviembre 2018, p. 25.

y practicar capacidades discursivas y argumentativas con los alumnos es esencial<sup>70</sup>: las técnicas y métodos de enseñanza deben dirigirse en ese sentido, fomentando el razonamiento y la argumentación jurídica, y donde se aproximen al método jurídico ya no como el proceso para únicamente “descubrir” las soluciones en el ordenamiento jurídico, sino como el método que las justifique, esto es, desde una posición de teoría contemporánea de la argumentación donde el problema no es ya *sólo* el de cómo hallar la solución, sino *también* el de cómo justificarla<sup>71</sup>.

Los profesionales jurídicos formados desde esta dimensión sustancial y metodológica, devendrán luego en jueces<sup>72</sup> y abogados que, asimismo, no aplicarán un Derecho mecanicista entrampado en las formas, sino como un fenómeno donde coexisten principios y reglas, y por tanto ponderaciones y subsunciones, según los elementos que correspondan para cada caso, dentro de una práctica argumentativa orientada por fines y valores. Y es que, a su vez, debido a su formación, los profesionales jurídicos se sentirán comprometidos y encauzados con esos fines y valores relacionados con los derechos dentro de la dinámica social y jurídica de la que hagan parte. Los juristas, abogados, jueces y demás operadores jurídicos así formados, se verán a sí mismos –si se lo toman en serio– orientados a maximizar el ideal regulativo que el modelo del Estado constitucional de Derecho implica, pero –y esto es importante– dentro del límite de las posibilidades jurídicas y fácticas de sus actividades.

En definitiva, lo que se perseguiría aquí es, como ya lo ha dicho Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, “...la  *fusión*, en el seno de la enseñanza del Derecho positivo, de ese nivel intermedio hoy preponderante (el de enseñanza de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos, con  *finalidad* cognoscitiva) con otros dos niveles hoy devaluados: ‘por debajo’, el de la  *capacitación* metodológica en habilidades y técnicas argumentativas, con  *finalidad práctica*; y, ‘por arriba’, el de  *educación* con fines, valores y actitudes, es decir, en la dimensión político-moral del Derecho, con una  *finalidad crítica y constructiva*”<sup>73</sup>.

## VI

El paso del Estado legalista al Estado constitucionalista, en el sentido que aquí se ha visto, ha implicado una evolución compleja que aún requiere que se siga teorizando. No obstante, más allá de los nombres o rótulos que coloquemos, existen hechos que generan y demuestran la necesidad de ir hacia una superación de posiciones sobre el Derecho que poco o nada tienen que decir o aportar al modelo de Estado constitucional;

70 Pues “argumentar es algo que no puede aprenderse simplemente estudiando una teoría (aunque eso constituya una condición necesaria o, cuando menos, muy conveniente), sino argumentando, esto es, llevando esos conocimientos a la práctica”. Manuel ATIENZA, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 15.

71 Josep AGUILÓ, “El método jurídico como argumentación jurídica”, en *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, p. 163.

72 *Cfr., in extenso*, Ronald DWORKIN, ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos?, en *Isonomía*, No. 32, abril 2010.

73 Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, p. 29.

ese modelo donde la ley, las formas jurídicas y actos jurídicos del poder y sus contenidos deben ser originados, justificados, orientados y aplicados para la realización de los derechos pero siempre dentro del marco de lo jurídicamente posible.

Una adecuada enseñanza del Derecho para el Estado constitucional democrático será entonces aquella que, educando desde una perspectiva lo suficientemente amplia, permita captar y dar cuenta de toda la gama de dualidades, de tensiones y de situaciones de carácter técnico-jurídicas, morales y políticas que conviven dentro del fenómeno jurídico contemporáneo. Esto permitirá a los alumnos, y luego ya como profesionales jurídicos, poder operar satisfactoriamente con todos los elementos que interaccionan y son relevantes en esa práctica social compleja que es el Derecho y de la que ellos mismos hacen parte; y para que, con su actividad, con su participación e intervención como actores jurídicos dentro de dichas prácticas, se implemente y consolide el ideal regulativo del Estado constitucional, esto es, el de los derechos.

Lo anterior no se logra con simples cambios formales. Así, una dificultad recurrente en este sentido es la repetida inclinación a *confundir el problema de la enseñanza del Derecho con el problema de los planes de estudio*<sup>74</sup>, confusión que nace precisamente de la tendencia a posiciones que se focalizan sólo en las formas. La orientación de la enseñanza jurídica deberá ser contemplada no sólo como una cuestión de ordenar disciplinas en las mallas curriculares –poniendo o sacando tal o cual materia–, “sino como una cuestión atingente a la concepción que acerca del derecho inspira a quienes se desempeñan en las escuelas de derecho”<sup>75</sup>. Así, una buena enseñanza del Derecho debería procurar transmitir conocimientos y herramientas que permitan: (i) reconocer las dimensiones valorativa-sustantiva e institucional-autoritativa –necesarias ambas– en el Derecho contemporáneo y desenvolverse satisfactoriamente entre ellas, (ii) abordar al fenómeno jurídico desde una concepción *argumentativa* como método jurídico con pretensiones deliberativas y democráticas con los límites que el propio Derecho le impone, y (iii) regirse *por* y orientar la práctica *para* la consecución de los valores y fines del Estado constitucional de Derecho como ideal regulativo.

En conclusión, en la formación jurídica universitaria es conveniente y necesaria la estimulación de la variedad de pensamiento, y, en este caso, del estudio y conocimiento de las diversas concepciones del Derecho. Ahora, ya en lo troncal de dicha formación y su finalidad, parece ser que una posición *postpositivista* es el enfoque teórico y práctico llamado a posicionarse como la respuesta más completa y convincente –al menos hasta ahora– para establecer el *qué*, el *cómo* y el *para qué* de la enseñanza contemporánea del Derecho en el Estado constitucional.

74 Francisco J. LAPORTA, “A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del derecho”, en *La enseñanza del derecho*, Francisco J. LAPORTA (coord.), Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 14, 15.

75 Carlos PEÑA, *Globalización y enseñanza del derecho*, Fontamara, México, 2017, p. 51.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, “El método jurídico como argumentación jurídica”, en *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30, 2007.
- ATIENZA, Manuel, ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?, en *El Basilisco*, No. 5, noviembre-diciembre, 1978.
- \_\_\_\_\_, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- \_\_\_\_\_, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- \_\_\_\_\_, *Una apología del Derecho*, Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, No. 78, noviembre 2018.
- BÖHMER, Martin, “Introducción”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Martin Böhmer (compilador), Gedisa, Universidad de Palermo, Yale Law School, Barcelona, 1999.
- CEVALLOS, Danny José, “El Estado constitucional de Derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, Fundación Konrad Adenauer, en imprenta.
- DWORKIN, Ronald, ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos?, en *Isonomía*, No. 32, abril 2010.
- FRANKFURTER, Felix, “Advice to a Young Man Interested in Going into Law (1954)”, en *Of Law and Men. Papers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*. Archon Books, Hamden, Connecticut, 1ra. reimpresión, 1965.
- IGLESIAS VILA, Marisa, ¿Concepción-libro de reglas o concepción-orquesta de normas?, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial, 2007, p. 138.
- KENNEDY, Duncan, *Polítizar el aula*, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, No. 10, 2007.
- LAPORTA, Francisco J., “A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del derecho”, en *La enseñanza del derecho*, Francisco J. LAPORTA (coord.), Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho*, en *Sistema*, No. 22, Revista de ciencias sociales, enero 1978.
- NUSSBAUM, Martha C., *Educación para el lucro, educación para la libertad*, en *Nómadas*, No. 44, abril 2016.

DANNY JOSÉ CEVALLOS C

\_\_\_\_\_, *El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho*, en *Academia*, Revista sobre la enseñanza del Derecho, No. 14, 2009.

PEÑA, Carlos, *Globalización y enseñanza del derecho*, Fontamara, México, 2017.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, *El buen uso de la Universidad*. Ponencia presentada en la sesión “Desarrollo de competencias docentes”, en el marco del Congreso CEEAD 2016, 27 al 30 de abril, Monterrey, México.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Derecho y educación”, en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006.

# LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

RICHARD GONZÁLEZ DÁVILA<sup>76</sup>

A continuación revisaremos cómo el mecanismo constitucional previsto en el artículo 88 de la nuestra Constitución, no ha servido en la práctica para cumplir con lo que ordena el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es ser un mecanismo rápido, sencillo y eficaz para proteger los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la Convención y la ley. Para ello abordaremos: I) El establecimiento del amparo constitucional y de la acción de protección; II) Jurisprudencia de la Corte Constitucional; y, III) Conclusiones.

## Resumen

Este trabajo vincula la creación de la acción de protección como un mecanismo directo y eficaz para la tutela de los derechos constitucionales con ciertas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo hace partiendo del antecedente histórico de tal acción: el amparo constitucional como institución cautelar tutora de los derechos ciudadanos. Debate con énfasis este estudio la singular situación de los derechos de los administrados, quienes contando con un instrumento nacido con la filosofía de la eficacia ( acción de protección) tropieza con los reiterados problemas de la legalidad, considerada por la jurisprudencia constitucional como limitante para la tutela de los derechos fundamentales.

## Palabras claves

Acción de protección, jurisprudencia constitucional, Constitución de 2008, Convención Americana de Derechos Humanos, derechos fundamentales

## I) El establecimiento del amparo constitucional y de la acción de protección

En nuestro país, del sistema constitucional ideado por Hans Kelsen, del que somos tributarios, queda poco. Ha sido superado y modificado por la mayoría de países incluido el nuestro. Parte de lo aseverado ha ocurrido por la transformación y evolución del concepto de Constitución, que de acuerdo a la conocida pirámide jerárquica construida en su concepción, ésta se encontraba en la cúspide, pero solo obligaba al legislador, que era quien a través de las leyes aseguraba la vigencia de los derechos y de la Constitución.

Los jueces tenían la obligación de aplicar la ley y no la de aplicar la Constitución porque se consideraba que la leyes desarrollaban la Constitución y si la ley era válida y vigente,

<sup>76</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Loja, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, candidato a doctor por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

porque no había sido expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional, que era el organismo en donde se enjuiciaban los actos normativos del legislador, ésta simplemente debía observarse. Recordemos que el Tribunal Constitucional era considerado como un legislador negativo, es decir, una especie de portero de la inconstitucionalidad, pues era su deber revisar que lo realizado por el legislador, en cuanto al procedimiento de formación de la ley, no contradijera la Constitución, pero no podía actuar activamente, pues para producir normas, solamente el legislador actuante en el Congreso o la Asamblea, estaba facultado para aquello. Esto obedecía a la desconfianza que a los jueces se les tenía y porque el sistema estaba previsto, para que aquellos, solo hicieran lo que disponía el legislador a través de la ley.

El Tribunal Constitucional controlaba al legislador y no al sistema judicial, porque de aquello ya se encargaba el legislador, cuyos actos no podían ser revisados por los jueces, sino por los miembros del Tribunal Constitucional que se encontraban a su nivel jerárquico y era quienes concentraban la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes que contradijeran la Constitución. El Tribunal Constitucional no aplicaba normas generales a hechos concretos, pues de ello se encargaba el sistema judicial.

Kelsen les llamaba a los miembros del Tribunal Constitucional, legisladores negativos y no tenían la calidad de jueces, por ello sus dictámenes eran considerados resoluciones que se encontraban al mismo nivel de la ley. Bajo este esquema, la ley era la garantía por excelencia de la realización y efectivización de los derechos. El derecho era la ley.

Los derechos escritos o expresados en una ley existían porque eran reconocidos como normas –positivismo normativo–. El principio de legalidad o primacía de la ley era el que aseguraba que el Estado no vulnera los derechos de las personas, sujetaba el accionar estatal. Constituía la regla de oro del Estado de derecho. Nacía la premisa básica que establece que en derecho público solo puede hacerlo que está permitido o autorizado por las leyes, no pudiendo mediante reglamento por ejemplo usurpar lo que le corresponde al legislador realizar. Lo que conocemos como el principio de reserva de ley.

Recordemos que según Kelsen la Constitución podía determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir determinado contenido. Ahora bien, que significaba la prohibición o disposición para que se realice una norma con tal o cual contenido:

La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso de que dicha ley no sea dictada. Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe de Estado o

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley.<sup>77</sup>

Sin embargo, señalaba asimismo que la Constitución tenía por función esencial, regular la creación de las leyes, pero ocupándose poco o nada de su contenido. La legislación determinaba la creación, como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecían a la vez al derecho material y al derecho formal.<sup>78</sup> Por ello es que también era el legislador el encargado de interpretar la Constitución, determinar que significa la Constitución a través de leyes interpretativas y el Tribunal Constitucional solamente tenía la facultad de revisar el proceso de formación de la ley, para verificar si la Legislatura no equivocó el procedimiento legislativo y por tanto correspondía expulsarla del ordenamiento jurídico.

Kelsen en su Teoría Pura del Derecho defendía que, el derecho para garantizar su rigor científico, no podía mezclarse con la moral, la sociología, la psicología, etc. Así pues, desde el momento en que se positivizaba una regla y se convertía en norma jurídica, la influencia ideológica o política de cualquier orden, desaparecía, para ser aplicada por los jueces que ya no se encontraban expuestos a estos elementos gracias a que ellos solamente les correspondía aplicar la ley y no interpretarla, porque aquello es un acto de política jurídica que le correspondía al legislador efectuar. Cualquier influencia de orden ideológico o político desaparecía al momento de la promulgación de la norma explicaba.<sup>79</sup>

Entonces las normas constitucionales eran una guía de conducción política más no de control jurisdiccional. No eran normas de derecho en estricto sentido. Si la ley era mal confeccionada, porque su realización no se ajustaba al procedimiento previsto en la Constitución, el castigo era político, en el sentido que el acto inválido era expulsado del ordenamiento jurídico.

Nuestro país fue tributario de este sistema constitucional que funcionó en Europa. El Tribunal de Garantías Constitucionales se creó en el Ecuador con la Constitución de 1945. Esta Constitución en su artículo 160 facultaba a este Tribunal, entre otras atribuciones, a:

5. Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentarla al Congreso para que éste, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos;

77 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 148.

78 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 149.

79 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 15-53.

Se vislumbra la posibilidad para que se puedan determinar responsabilidades de orden político ante el Congreso Nacional, por el quebrantamiento de la Constitución y la ley. Es decir, tenían un efecto meramente exhortativo, que dependía finalmente de que el Congreso de la República enjuiciara al funcionario. En esta línea el artículo 165 de esta Constitución le otorgaba la facultad al Congreso de la República de interpretar la Constitución y las leyes, pudiendo solo éste declarar que una ley, decreto, reglamento, acuerdo o disposición, es o no contraria a la Constitución. Esto obedecía a que la Constitución no tenía el carácter de norma jurídica sino que era considerada una directriz de carácter político.

Podemos observar desde este momento que empieza un forcejeo que se registra en la historia de nuestro país, para que los derechos reconocidos en la Constitución, sean exigibles judicialmente, pues los derechos de carácter legal ya tenían previstas vías para su reclamación en la jurisdicción ordinaria. De ahí que, desde un inicio la jurisdicción (iuris-dictio o acto de decir el derecho)<sup>80</sup> ordinaria, estaba encargada históricamente de aplicar la ley. Obviamente que luego del fracaso de la ley debido a las catástrofes humanas conocidas en el mundo, se produce la transformación del término Constitución, esta deja de ser una norma de conducción política y pasa a ser una norma jurídica exigible. Esta influencia también le llega a nuestro país y empieza la preocupación por establecer garantías jurisdiccionales o mecanismos procesales para exigir el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución.

Conforme señala Agustín Grijalva Jiménez, es en la Constitución de 1967 en donde se establece en su artículo 28 en el numeral 15, el derecho a demandar el amparo jurisdiccional de cualquier violación de las garantías constitucionales. Sin embargo, las leyes no desarrollaron los procedimientos para efectivizar este derecho, sin que se conozca que haya llegado a aplicarse.<sup>81</sup>

Hay que tener presente que en 1969 se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establecía la obligación de los Estados Partes de instaurar en la legislación interna un recurso sencillo, rápido o efectivo ante los jueces y tribunales competentes que ampare a las personas respecto de la violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la Convención. El Ecuador ratifica este tratado Internacional de Derechos Humanos en 1977 y se obliga a establecer este mecanismo procesal para la garantía jurisdiccional de los derechos.<sup>82</sup>

Posteriormente, señala el mismo profesor Grijalva Jiménez que el mecanismo procesal denominado amparo constitucional, mediante el que se pretendía establecer en el

80 Kans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 151.

81 Agustín Grijalva Jiménez, *El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, accedido 15 de junio de 2018, 14, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-El%20tribunal.pdf>.

82 Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

Ecuador la posibilidad procesal de poder reclamar ante un juez por la violación de un derecho fundamental, aparece en 1993, pues no se puede tener en cuenta lo sucedido en la Constitución de 1978 que vuelve a retomar el término de “queja” como el medio por reclamar por el quebrantamiento de la Constitución, artículo 141 numeral 3.

Esto sin perjuicio de señalar que se hicieron reformas a esta norma en 1983 en donde se estableció que el Tribunal de Garantías Constitucionales podía realizar observaciones a las autoridades por el quebrantamiento de la Constitución que atentara contra los derechos que garantizaba ésta. Si las observaciones no eran acatadas, podían constituirse en desacato y ser sancionado penalmente, a más de poder solicitar el enjuiciamiento político.<sup>83</sup> Igualmente se establecía en el artículo 138 que la Corte Suprema de Justicia tenía la facultad de suspender total o parcialmente las leyes, ordenanzas o reglamentos que sean inconstitucionales, debiendo someter esta decisión a la resolución final de la Cámara de Representantes.

Hubo varias reformas constitucionales, como la de 1995 y 1996 en las que finalmente se estableció de forma clara el mecanismo de amparo constitucional, en su artículo 31, que sería la antesala para el texto establecido en la Constitución de 1998 que definió el amparo constitucional como:

**Art. 95.-** Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. (...)

Esta garantía procesal podía ser propuesta ante cualquier juez de la República y conocía en apelación el Tribunal Constitucional. Servía para proteger los derechos consagrados

83 Agustín Grijalva Jiménez, El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, p. 14. Véase en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-EI%20tribunal.pdf>, visitado el 15-06-2019.

en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Podía entonces ser propuesta para reivindicar cualquier derecho, sea de primera, segunda, tercera o cuarta generación, clasificación doctrinaria instaurada desde 1978 bajo propuesta del jurista checo Karen Vasak, al Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, división realizada de acuerdo al reconocimiento cronológico y que jerarquizó a los derechos y se fue adoptando por los ordenamientos jurídicos de los diferentes países Europeos:

**i)** Los de primera generación serían los derechos civiles y políticos exigidos en la Revolución Francesa y son mediante los que se reclama la abstención del accionar del Estado en la esfera privada del ciudadano. La denominada libertad negativa, son derechos netamente individuales; **ii)** Los de segunda generación o derechos sociales entre los que tenemos a los derechos económicos, sociales y culturales que eran exigibles en la medida de las posibilidades del Estado, eran los que debía desarrollar la legislatura y en esa medida son progresivos. Generalmente no son exigibles por la vía jurisdiccional porque son de carácter progresivo y dependen de la voluntad política del Estado. Son derechos que requiere acciones de libertad positiva o sea de intervención estatal; **iii)** Los derechos de tercera generación en donde se encontrarían los del ambiente y los referentes a los consumidores; y, **iv)** Los de cuarta generación que están surgiendo sobre la base de reivindicaciones de las minorías y pueblos indígenas que reclaman su autodeterminación e identidad cultural.<sup>84</sup>

El mayor daño de esta clasificación se encuentra en que se estableció como mitos el que los derechos de primera generación no tenían costo y que eran exigibles directamente al Estado, porque consistían en pedirle se abstenga de intervenir o actuar en la esfera del ejercicio de los derechos, mientras que los de segunda generación requerían de dinero y por eso eran progresivos de acuerdo con el dinero que se pudiera destinar por parte del Estado.<sup>85</sup> Como señala Ramiro Ávila Santamaría, esta división doctrinaria fue superada en la Constitución de 2008, hoy vigente, en la que se establece que todos los derechos constitucionales son igualmente justiciables y de igual jerarquía, eliminando cualquier posibilidad de discusión respecto a la división establecida por la doctrina desde Europa.<sup>86</sup>

Se ha podido observar que hasta antes de la vigencia de la Constitución de 2008, para proteger derechos constitucionales se buscó establecer en la jurisdicción constitucional una garantía procesal diferente a los recursos procesales existentes en la jurisdicción ordinaria. Se partió de la base de una dicotomía entre la jurisdicción ordinaria que protegería la legalidad y la jurisdicción constitucional que protegería los derechos

84 Moisés Jaime Bailón Corres, Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales, véase en internet en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>, visitado el 05-05-2019.

85 Eduardo Raboss, Las generaciones de derechos humanos: La teoría y el cliché, p. 49 Véase en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf>, visitado el 05-09-2018.

86 Ramiro Ávila Santamaría, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, México, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, junio 2011, 95-125, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

constitucionales. Estas premisas dejan por sentado que la ley no protege los derechos constitucionales ni llena de contenido los mismos, sino que más bien parecería actuar de forma autónoma a la jurisdicción constitucional. Los derechos fundamentales no se encuentran garantizados por la ley, es la regla que no se borró del imaginario, luego de que se aceptó en nuestro país que la Constitución era norma jurídica, cuyos mandatos, prohibiciones y permisiones debían ser observados y que para ello se habían implementado mecanismos procesales para reclamar su inobservancia.

Con el advenimiento de la Constitución de 2008 y con el objetivo de que ésta sea en realidad el instrumento normativo que tenga primacía en el ordenamiento jurídico, se creó la Corte Constitucional como un organismo independiente y autónomo que asegure su vigencia, así como se implementaron mecanismos procesales (acción de protección, acción extraordinaria de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento de sentencias, medidas cautelares constitucionales), que de forma urgente a través de la jurisdicción constitucional, conozcan de forma exclusiva sobre las reclamaciones de hechos que vulneren derechos constitucionales. Además, la Corte Constitucional quedó facultada para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de actos normativos de carácter general, impugnaciones que pueden ser presentadas por cualquier persona.

No obstante, cabe mencionar que en el tránsito del reconocimiento de la Constitución como norma de directriz política a norma jurídica, olvidó tener en cuenta que al haber delegado el sistema la protección de los derechos constitucionales, a los jueces, principalmente ordinarios, éstos también se convertían en jueces constitucionales, debido a que por ejemplo de acuerdo al artículo 172 de la Constitución, todos los jueces, tanto los ordinarios, como los que conocían de garantías constitucionales, debían administrar justicia con sujeción a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

Este olvido hizo que por ejemplo se creara un mecanismo procesal denominado acción de protección, mediante la que se señala se protege los derechos constitucionales vulnerados a través de actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares en casos específicos, dando a entender o colocando en el imaginario que solo a través de esta jurisdicción o garantía constitucional se protege a los derechos constitucionales, quedando tácitamente entendido que la jurisdicción ordinaria no proteger derechos constitucionales sino legales, dividiendo el sistema jurídico en dos mundos en la práctica.

El constituyente en el nuevo diseño jurídico en el que colocó a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, al crear una acción de protección que protegiera los derechos constitucionales contenidos en ésta y en los tratados internacionales de derechos humanos dejó entrever que los derechos fundamentales no se podrían encontrar en la ley. Tácitamente dejó sentado que solamente los jueces que actúan como jueces constitucionales protegen derechos constitucionales y que los mecanismos procesales ordinarios protegerían derechos derivados de la legalidad y no de la constitucionalidad, siendo los jueces ordinarios lo que no protegerían los derechos constitucionales. Esta

lógica hace que no se tenga presente que el sistema procesal (constitucional y legal) es un medio para la realización de la justicia (art. 169 CRE) y que éste es un objetivo del Estado constitucional ecuatoriano por el que se justifica su existencia.

Además, el artículo 169 de la norma constitucional establece que las normas procesales, tanto las previstas para los mecanismos ordinarios como para los mecanismos constitucionales, harán efectivas las garantías del debido proceso y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades. El hecho de que se tenga que distinguir entre procesos ordinarios y procesos constitucionales introduce una división que provoca la división del sistema jurídico y no la complementariedad.

La efectividad de las garantías del debido proceso, que se constituyen en derechos constitucionales que deben ser observados, se deben precautelar en los procesos ordinarios como en los procesos de garantías constitucionales, lo que no es una muestra más que los jueces ordinarios también son jueces constitucionales y, por ende, protegen derechos constitucionales. De hecho son los primeros, los responsables de proteger y precautelar los derechos constitucionales debido a que el sistema jurídico descansa en los mecanismos procesales ordinarios. Son los jueces ordinarios lo que tienen el primer contacto con el problema jurídico planteado respecto de la vulneración de derechos constitucionales que han sido desarrollados por la ley. Esto porque los jueces de la jurisdicción constitucional son subsidiarios, intervienen a falta de correcta actuación de los jueces ordinarios como jueces constitucionales, mediante por ejemplo la acción extraordinaria de protección.

Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente a la protección judicial que debe garantizar a sus ciudadanos el Estado ecuatoriano, obliga a éste a proveer en el ordenamiento jurídico un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces, que les ampare contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley y la Convención, con lo que se establece que los derechos fundamentales también pueden estar reconocidos en la ley y que éste recurso también debe ser garantía para aquello, lo que resulta una contradicción a lo señalado en líneas anteriores respecto de que la acción de protección no aceptaría que existen derechos fundamentales desarrollados o reconocidos por la ley. En nuestro país se ha expresado por la Corte Constitucional que la acción de protección cumple con esta obligación internacional proveniente de un tratado internacional de derechos humanos como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por un lado podemos señalar que hasta que se termina de ir aceptando que la Constitución es norma jurídica y para ello se realizan los cambios institucionales necesarios para que ésta sea reconocida como tal, como por ejemplo, se crea una fuerte Corte Constitucional.

Entramos en la lógica de que los jueces de la jurisdicción ordinaria solo les corresponde garantizar la aplicación de la ley y no de la Constitución y viceversa, que al juez constitucional le corresponde garantizar la aplicación de la Constitución y no de la ley, pues aquello le corresponde a la jurisdicción ordinaria. Ambas no pueden invadirse,

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

para lograrlo, se parte de la falacia de que existe una división clara entre la constitucionalidad y la legalidad.

Si el juzgamiento constitucional difiere esencialmente del ordinario, la consecuencia deriva por sí sola: existe una jurisdicción constitucional diferente a la jurisdicción ordinaria. Bien, ello resulta evidente, pues, si esa facultad de juzgamiento involucra a la norma constitucional, única fundamentadora de la validez del orden estatal, no podemos sino derivar que el órgano que la ejerce debe poseer una estructuración especial y acorde con la potestad que va a desarrollar y que es de la más alta prioridad en la vida de un Estado (...).<sup>87</sup>

Parte de la conservación y bifurcación entre la justicia constitucional y la justicia legal u ordinaria, inicia en la desconfianza a los jueces de la justicia ordinaria y la búsqueda de que jueces con otra óptica puedan hacer prevalecer la Constitución por encima de la ley, pues la legislación y el legislador habían tenido la supremacía en la práctica hasta antes de que empiece la Constitución a ser considerada norma jurídica. No obstante tal desconfianza, se entrega a los mismos jueces la facultad de cuidar de que la Constitución se efectivice, en los procesos ordinarios y en los procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales, los mismos jueces ordinarios actúan como tales, tanto en primera instancia como en segunda instancia. A la vez que se les dice que hay jueces especiales para hacer efectiva la Constitución, se les pide que en los procesos ordinarios, también cuiden de su aplicación.

En la Constitución de 2008 se establece que ya no es el Congreso Nacional el que en última instancia interpretará la Constitución de forma definitiva, sino la Corte Constitucional.<sup>88</sup> Sin embargo, a pesar de la desconfianza, se busca que el juez de la justicia ordinaria practique la observancia de la Constitución y su aplicación y se lo somete no solo a la ley sino a la Constitución,<sup>89</sup> pero se le convence a la vez de que él no puede vigilar o custodiar la vigencia de los derechos constitucionales, sino solo la dimensión legal. La contradicción y la dicotomía están servidas y vienen siendo parte de un banquete que en la práctica, como detallan Claudia Storini y Marco Navas, no han permitido hacer posible mediante el mecanismo constitucional de la acción de protección, la tutela judicial efectiva.<sup>90</sup>

Incluso los jueces de la justicia ordinaria son los que de forma aleatoria conocerían las garantías jurisdiccionales constitucionales,<sup>91</sup> que tendrían por objeto proteger

87 El Tribunal de Garantías Constitucionales, información básica, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito-Ecuador, 1989, p.48.

88 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436 numeral 1.

89 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 172.

90 Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 179.

91 Constitución, 86 numeral 2. LOGJCC: Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará

los derechos constitucionales, asumiéndose de plano que los jueces ordinarios no protegen derechos constitucionales, con lo que de forma inconsciente se olvida el valor normativo de la Constitución para todos los jueces de la República y para todos los casos. De igual forma se establece la Corte Constitucional, como el órgano de cierre del sistema que concentra la facultad de defender con su última palabra a la Constitución,<sup>92</sup> pero que a la vez no puede defender la legalidad, porque de ello se encarga la justicia ordinaria principalmente a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Nace entonces una transición entre el amparo constitucional que hasta la Constitución de 1998 cumplía la obligación prevista en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la acción de protección establecida en la Constitución vigente de 2008, que se establece por parte del legislador de forma más amplia y con muchas más facultades y que también tiene por objeto cumplir con el compromiso adquirido en el referido artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, una vez que se ha esbozado de manera general como se ha concebido en nuestro sistema jurídico constitucional, la Constitución como norma jurídica y la supremacía de esta en el mismo (arts. 11.3, 11.5, 424, 425 y 426 CRE) y la dicotomía entre legalidad y constitucionalidad que ha rodeado como construcción dogmática a la acción de protección como mecanismo constitucional de protección de derechos constitucionales, revisaremos brevemente que ha dicho nuestra Constitucional sobre esta temática.

## II. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Vale destacar que desde la creación de la acción de protección en la Constitución, fue problemática la delimitación respecto de los requisitos de procedencia de ésta, tanto que el legislador luego de un año de aprobada la Constitución, sobre la base del temor de su mal uso o abuso, temor heredado del recurso de amparo constitucional, estableció requisitos que causan confusión a la hora de su aplicación, empezando porque se prevén en dos artículos, el 39 y el 42, distintas causales de procedencia.<sup>93</sup>

En primer lugar se estableció antes de la vigencia de la LOGJCC un Reglamento en el que se determinó las causales de improcedencia de la Acción de Protección, las denominadas Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, dictadas el 11 de noviembre

---

entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley (...).

92 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.

93 Ramiro Ávila Santamaría, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, México, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, junio 2011, 104, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

de 2008 y publicadas en el Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008.<sup>94</sup> Estas reglas establecían en su artículo 50 que la Acción de Protección era improcedente, cuando:

**Art. 50.- Improcedencia de la acción.-** La acción de protección no procede: **a)** Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa; **b)** Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral; **c)** Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección; **d)** En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y, **e)** Cuando se trate de providencias judiciales.

Algunos de estos requisitos evidencian las delimitaciones conceptuales que pretendía dársele a la acción de protección. En primer lugar se establece que ésta no cabe cuando se reclame aspectos que tengan que ver con la mera legalidad y no tengan vías judiciales para ser reclamados, es decir que si no existen tales vías, por más que sean asuntos de mera legalidad cabría la acción de protección. Por otra parte, se sataniza la indemnización de perjuicios como pretensión de reparación y se indica que si ésta no es la única vía para resarcimiento, esta no procedería, desconociendo desde ya el concepto de reparación integral, que puede comprender la reparación económica, que incluso luego se estableció en el artículo 18 de la LOGJCC.

Se plantea también que ante la duda de que el demandante deba agotar vías ordinarias o no, se podrá admitir a trámite la demanda de acción de protección (*principio pro actione*), es decir, que si no existe duda de que las vías existentes en la jurisdicción ordinaria son suficientes para la protección del derecho, resulta improcedente la demanda.

A continuación revisaremos los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional respecto de la acción de protección sobre la base de lo establecido en los artículos 40 y 42 de la LOGJCC, y los conceptos que ha establecido como reglas para la procedencia de esta garantía jurisdiccional, requisitos comentados en líneas anteriores.

Sobre la base de una sentencia con efecto inter partes, la Corte expresó que los asuntos de mera legalidad debían ser rechazadas cuando se demanden mediante acción de protección. La Corte abordó la discusión sobre los asuntos de constitucionalidad versus los de legalidad, situando la existencia de mecanismos adecuados y eficaces

<sup>94</sup> El Tribunal Constitucional que ejercía funciones bajo la vigencia de la Constitución de 1998, tras la aprobación de la Constitución de la República mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las competencias que el nuevo ordenamiento constitucional le otorgaban al organismo de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva Carta Magna.

para resolver los problemas planteados como asuntos de legalidad y la no existencia de dichos mecanismos, como asuntos de constitucionalidad.

La Corte en su primera jurisprudencia vinculante explicó que como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, vigentes al momento de haberse propuesto los casos que se revisaban,<sup>95</sup> más no al momento que se resolvían, la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuáles existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa.

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores', y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, vigentes al momento de la interposición y sustanciación de la causa, *la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa*. Cabe precisar que la desnaturalización de la acción de protección por parte del señor Juez Sexto de Tránsito del Guayas, en su providencia de avoco, se reflejó también en la sentencia dictada con posterioridad.<sup>96</sup> (Énfasis añadido)

Esta sentencia perpetuó las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional de transición y condicionó a éstas el entendimiento y aplicación de la LOGJCC. De las causales de improcedencia de la Acción de Protección previstas en el mencionado artículo 50 de las Reglas de Procedimiento, la referente a la “mera legalidad” pervive hasta el presente en razón del “precedente jurisprudencial obligatorio –PJO–” de marras. Los jueces constitucionales de todos los niveles frecuentemente están invocando la mera legalidad para rechazar una demanda.

Sin embargo de determinar la Corte Constitucional para el periodo de transición, que el primer caso que revisaba se trataba de un asunto de mera legalidad y que por ende no correspondía tratarlo en la jurisdicción constitucional como equivocadamente se lo habría hecho por parte de los jueces de primera instancia y apelación, no expresó ni explicó: ¿Porqué al ser casos entre particulares, no se habrían presentado ninguna de las causales de procedencia previstas en el artículo 88 de la Constitución de la República? Resulta evidente que ninguno de los demandantes notificó con la acción de protección

95 Las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, es un Reglamento que fue dictado por el Tribunal Constitucional del Ecuador el 11 de noviembre de 2008 y publicado en el Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008. Este Organismo que tras la aprobación de la Constitución de la República mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las nuevas competencias que nuevo ordenamiento constitucional le otorgaban al organismo de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva Carta Magna.

96 Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, párrafo 57, página 17.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

que planteaba, en el un caso en contra del Registrador Mercantil y en el segundo en contra del Superintendente de Compañías, a su contraparte o afectados con la decisión judicial que se produciría si se aceptaba la acción de protección demandada.

La Corte de transición se refugió en el concepto de “mera legalidad” para lograr que el auditorio (ciudadanos, abogados, jueces) comprendiera cuando se encontraba presente ante este escenario y no debía utilizar la vía constitucional para pretender resolver un problema jurídico, pero finalmente lo que logró fue crear una falacia de principio que afectó la tutela judicial efectiva al restringir injustificadamente el acceso a la jurisdicción constitucional y estableció de forma abstracta que la presunta violación de normas legales deja a salvo el derecho de las partes para acudir ante los órganos de la justicia ordinaria pertinentes y por ende no es competencia de la jurisdicción constitucional.<sup>97</sup>

Esta regla finalmente se ha traducido en que todos los casos en los pueda existir violación de normas legales es un asunto legal y por tanto de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Es decir, se instauró la creencia de que bastaría con que se presuma que están inmiscuidas dentro del conflicto jurídico, normas legales, para que la Acción de Protección no proceda, lo que implica que casi nunca podría prosperar esta garantía a menos que la ley no haya desarrollado el contenido del derecho constitucional que se alega vulnerado, con lo que automáticamente queda restringida esta garantía constitucional para los casos de aplicación directa de los derechos constitucionales.

Con esta falacia también se instaló la regla de que no se puede citar o nombrar la ley en las demandas o alegatos de acción de protección, pues inmediatamente se visibilizaría que nos encontraríamos ante un asunto de legalidad. Lo propio se ha recogido en el pensamiento judicial al momento de resolver, al evitar en las sentencias nombrar o analizar lo que dice la ley respecto de los conflictos propuestos, debido a que eso develaría que no es un tema de constitucionalidad sino de legalidad, con lo que el modelo de efecto indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que constituye uno de los pilares de complementariedad de la eficacia de los derechos constitucionales en estas relaciones, queda anulado.

La Corte Constitucional de transición con este criterio expuesto en su sentencia 001-10-PJO-CC creo una especie de virus, que ha contagiado a la mayoría de jueces constitucionales, como una especie de meme que se comparte como un chiste de mal gusto y vacía los derechos constitucionales mediante una falacia que ha alcanzado nivel de jurisprudencia. Esta Corte Constitucional también expresó criterios rescatando el valor procesal de la garantía constitucional, mas no surtió el efecto deseado, puesto que se lo hizo a través de una sentencia que no constituía “Precedente Jurisprudencial Obligatorio”, ya que solo obligaba a las partes en conflicto y no se generaba ningún efecto para casos similares en el futuro, con lo que tampoco la Corte Constitucional se

<sup>97</sup> Corte Constitucional para el periodo de transición, 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, p. 18.

encontraba obligada a observar su propio criterio en futuras controversias.<sup>98</sup> Así por ejemplo, la misma Corte Constitucional para el periodo de transición al resolver un caso de acción extraordinaria de protección, mediante sentencia 085-12-SEP-CC, señaló:

No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que *tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros “mecanismos de defensa judicial”), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.”*<sup>99</sup> (Énfasis añadido)

Sin embargo, como en una suerte de ratificación de que este fallo no obliga para el futuro a los jueces de la Corte Constitucional, es decir a los mismos jueces que votaron por esta Sentencia, ni a los casos que guarden los mismos antecedentes fácticos, se afirmó que el numeral 3 del artículo 40 de la LOGJCC: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, es contrario al artículo 84 y 11 numeral 4 de la Constitución de la República, porque desnaturalizaría la característica de ser preferente y sumaria de esta garantía, restringiendo el contenido de la misma.

Afirmación fortísima que debió provocar la declaratoria de inconstitucionalidad, más pasa desapercibida tal conclusión en la parte decisiva de la sentencia y se continúa resolviendo en los casos venideros como si nunca se hubiese escrito la misma. Es decir este criterio sirvió solamente para ser aplicado en este caso y por ende solo afectó a las partes litigantes. Observemos:

El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de “otro mecanismo de defensa judicial” (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción,; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperativamente dispone: “...En ningún caso, la reforma de la Constitución,

98 Como se señaló la Corte Constitucional para el periodo de transición determinó en su primer Precedente Jurisprudencial Obligatorio 001-10-PJO-CC, que estas sentencias solamente obligan a las partes involucradas en el litigio y que no tienen efecto para casos futuros.

99 Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, p. 12 y 13.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. *Si bien la norma infraconstitucional (artículo 40 numeral 3 LOGJCC) se halla en plena vigencia y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que contraría el principio contenido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, que dispone: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.*<sup>100</sup> (Énfasis añadido)

Esta conclusión al ser inobservada en casos posteriores quebranta el principio de igualdad ante la ley y crea un estado de discriminación y arbitrariedad sistemático, violatorio del principio *stare decisis* que la misma Corte Constitucional de transición determinó en su primer precedente vinculante, que la obligaba, Sentencia No. 001-10-PJO-CC:

**27.-** La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

**28.-** En razón a esta innovación constitucional y al reconocimiento del principio *stare decisis*, y por tanto, de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, es preciso que la Corte Constitucional a partir de esta nueva competencia constitucional marque el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial ecuatoriano.<sup>101</sup>

Si la misma Corte que expresó que sus decisiones la obligan, al responder la interrogante: ¿Ha experimentado cambios la jurisprudencia constitucional ecuatoriana desde la vigencia de la Constitución de la República? pero en un segundo momento se olvida lo que resolvió, ¿Qué podemos esperar de los jueces de primer y segundo nivel? Privilegios y preferencias al momento de interpretar los mismos enunciados normativos y hechos análogos, que termina por vulnerar la igualdad y la seguridad jurídica de forma sistemática.

Por otra parte, pero en la misma línea de análisis, la Corte en la sentencia 002-14-SCN-CC<sup>102</sup> de 15 de enero de 2014, dictó una regla jurisprudencial, estableciendo que los jueces,

<sup>100</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 85-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, p. 11 y 12. En este Fallo votaron los jueces: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de tres jueces: Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate.

<sup>101</sup> Corte Constitucional para el periodo de transición, sentencia 001-10PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, párrafo 27 y 28.

<sup>102</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando en un proceso reciban una petición de consulta de norma para ante la Corte Constitucional, esto es, cuando ataquen la aplicación de una norma en un caso concreto argumentando su inconstitucionalidad, están en la obligación de analizar el pedido y luego de verificar la existencia de una duda razonable y motivada respecto de la inconstitucionalidad de una norma, remitirán la consulta correspondiente a la Corte Constitucional o en su defecto motivarán la negativa de la consulta por la inexistencia de duda razonable en la aplicación de una norma infra constitucional.

Con esta regla jurisprudencial se dilucida que en el país existe la posibilidad de proponer acción de protección contra normas cuando afecten derechos constitucionales y queda sin sustento jurídico la respuesta generalmente empleada de que se niega la demanda porque en realidad lo que se pretende es la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal, y para ello existe la acción de inconstitucionalidad, olvidándose por parte del juzgador revisar la aplicación de la norma atacada a los hechos.

Sin embargo de lo anotado, la Corte Constitucional en la sentencia 016-13-SEP-CC de 16 de mayo de 2013, al resolver un problema en el que de forma directa mediante una acción de protección se reclamaba la inconstitucionalidad de la aplicación del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público o el denominado Decreto Ejecutivo No. 813, mediante el que se estableció la posibilidad de que el Estado pueda implementar en el sector público compras de renunciaciones obligatorias a los servidores públicos de carrera y separarlos de sus funciones con una indemnización, estableció que de acuerdo a la Sentencia 003-13-SIN-CC, “la presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley, no es materia de relevancia constitucional, sino de legalidad; en tal virtud, no es un asunto de competencia de la justicia constitucional”.<sup>103</sup>

La Corte señaló que al ser una norma reglamentaria la acusada de inconstitucionalidad, esta acusación era aparente, pues lo que en realidad existía era un conflicto infra constitucional de presunta contradicción con la Ley Orgánica de Servicio Público, por lo que este asunto debía ser atendido en la jurisdicción contencioso administrativa mediante el recurso objetivo de nulidad, con lo que se evidencia una contradicción con el fallo señalado en la Sentencia 002-14-SCN-CC<sup>104</sup> de 15 de enero de 2014, pues introduce la posibilidad de que un Reglamento u Ordenanza que generalmente desarrollan las leyes, no puedan ser acusados de inconstitucionales, sino solamente de ilegales. ¿Qué sucede si se establece en el reglamento u ordenanza requisitos o previsiones que sólo le correspondían al legislador? No se vulnera acaso el principio constitucional de reserva de ley o de seguridad jurídica. ¿Significa acaso que los que tienen la última palabra normativa en la cadena de desarrollo normativo están exentos de control constitucional?

103 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 003-13.SIN-CC, 04 de abril de 2013, 16.

104 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

Con estos criterios no se indica nada, parecen palabras que se vuelven humo por su indeterminación: ¿Qué características se requiere para que exista relevancia constitucional? ¿Cuándo los hechos pueden sobrepasar los niveles típicos del nivel de legalidad, si todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía y por ende justiciables, entre ellos el derecho a que toda autoridad administrativa o judicial garantice el cumplimiento de las normas y derechos de las partes (art. 76.1 CR)?

Siguiendo esta línea de contradicciones, la Corte Constitucional en la sentencia No. 001-16-PJO-CC<sup>105</sup> de 22 de marzo de 2016, estableció una vez más que la acción de protección solo protege los derechos reconocidos en la Constitución de la República, derechos que no se admite son desarrollados por la ley y por tanto lo que ésta determine también es parte del derecho constitucional, pues en este caso señaló la Corte, lo que existiría es una apariencia de vulneración de derechos, que en realidad corresponde a la legalidad y eso solo lo tramita la jurisdicción ordinaria. Pero además estableció que si no existe daño a un derecho constitucional, la acción de protección no procede, pues si el daño recae en un derecho de carácter legal, las vías de la jurisdicción ordinaria son las adecuadas. Para identificar aquello determinó:

(...) la norma legal exige que la vulneración de la que es objeto el derecho deba estar orientada a atacar su ámbito constitucional o iusfundamental. “Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública”.

**49.** En efecto, una consideración de la que se debe partir para comprender el alcance del numeral 1 del artículo 40 de la LOGJCC, es que todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado.

A continuación la Corte establece que la dimensión del derecho legal se encuentra la faceta patrimonial del derecho, que como hemos revisado no es suficiente concepto para diferenciar cuando un derecho pertenece a la legalidad o la constitucionalidad, siendo la justicia ordinaria la que debe procesar la legalidad y la Acción de Protección, la constitucionalidad, asumiendo que en la jurisdicción ordinaria no se protegerían los derechos constitucionales:

No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional *ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria*. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino

<sup>105</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.

únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías<sup>106</sup> (Énfasis añadido)

No obstante, en la misma Sentencia se expresa que se debe constatar que no existan otros mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger el derecho vulnerado, antes de admitir la procedibilidad de la acción de protección.

Este criterio se separa del que señaló la Corte, respecto de que se debe buscar que exista una vulneración al ámbito constitucional del derecho para que proceda la acción de protección, pues de lo que se deduce de esta segunda forma de dividir el trabajo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, puede que se visibilice una vulneración de un derecho constitucional pero existan vías adecuadas para su tratamiento en la jurisdicción ordinaria y viceversa.

La Corte define que la urgencia en la protección del derecho es lo que finalmente podría determinar qué es lo que debe tramitarse en la jurisdicción constitucional, de lo que se deduce que la vía adecuada y eficaz depende de este criterio.<sup>107</sup> También señala la Corte que: “respecto de aquellos asuntos que puedan ser ventilados en la vía ordinaria, se acuda a ella en primera instancia y solo si esta resulta ineficaz o inadecuada, se pueda activar la justicia constitucional.”<sup>108</sup> Esto implicaría que si la justicia ordinaria resulta inadecuada por demorar la tramitación de la causa y generar que el daño se intensifique: ¿La jurisdicción constitucional pueda suspender la competencia de ésta y resolver temporal o definitivamente el caso? Al menos así se puede observar *prima facie*. En esta línea la Corte también expresó:

**83.** Así, siempre que se verifique que de someter el asunto controvertido a la vía ordinaria, causaría daño grave e irreparable y por ende, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, *las juezas y jueces constitucionales tienen la obligación de habilitar los vías de la justicia constitucional*, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan impedir su procedencia, no pueden formularse en abstracto, sino que depende de la situación fáctica concreta a examinar. (Énfasis añadido)

Se evidencia la contradicción en la propia sentencia, al generarse argumentos circulares, que no permiten sobrellevar la confusión planteada, generándose reglas que ayuden a no tener claridad y puedan ser aplicados a conveniencia por los jueces.

### III. Conclusión

Hemos podido observar que la acción de protección es un mecanismo constitucional que ha sido instaurado en el artículo 88 de la Constitución de la República y que cumple

106 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, 13.

107 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, párr. 76.

108 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, 21.

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

con la obligación asumida por el Estado Ecuatoriano en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, hemos podido evidenciar que no ha sido presupuesto para proteger los derechos fundamentales que puedan estar previstos o desarrollados en la ley, como lo exige dicho artículo de la Convención, puesto que se ha reiterado por la LOGJCC y la jurisprudencia que existe una división entre lo constitucional y lo legal, que no se complementa sino que se contradice, lo que ha hecho inefectivo este mecanismo constitucional en la realidad.

Se ha llegado al extremo de establecer como regla en las sentencias que puede no existir violación de derechos constitucionales y que la violación de derechos legales que puedan haber debe procesarse en la justicia ordinaria, cuando en realidad lo que se debe verificar es en qué jurisdicción existe el mecanismo adecuado y eficaz para proteger la violación del derecho que se alega.

### BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, México, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, junio 2011, 95-125, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.
- Bailón Corres Moisés Jaime, Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales, véase en internet en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>, visitado el 05-05-2019.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 85-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 003-13.SIN-CC, 04 de abril de 2013.
- Corte Constitucional para el periodo de transición, 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.
- El Tribunal de Garantías Constitucionales, información básica, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito-Ecuador, 1989.
- Grijalva Jiménez, Agustín. El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador, Universidad

## RICHARD GONZÁLEZ DÁVILA

Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, accedido 15 de junio de 2018, 14, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-EI%20tribunal.pdf>.

Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965).

Raboss, Eduardo. Las generaciones de derechos humanos: La teoría y el cliché, p. 49 Véase en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf>, visitado el 05-09-2018

Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.

Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008.

Storini Claudia y Navas Alvear Marco, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

# LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA<sup>109</sup>

Profesor emérito de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia

## Resumen

La reparación integral como principio y como derecho es una herramienta sustancial no sólo para dejar indemne a la víctima, sino también para permitir que se alcance la reconstrucción del tejido social, la reconciliación y la verdad, justicia y reparación plena y eficaz que esperan las víctimas, como premisa agregada para la superación del mencionado conflicto.

## Palabras claves

Reparación integral, víctima, conflicto armado interno, Corte Interamericana de Derechos Humanos, principios, orden jurídico convencional.

## I.- La reparación un concepto en evolución en el marco del conflicto armado interno.

1.- La reparación de las víctimas no es una construcción reciente. Su configuración temprana invitaba al restablecimiento de las cosas al estado anterior a la producción del daño. La lógica que imperaba se centraba en dejar indemne en función de las propiedades, características y condiciones de los bienes objeto del daño antijurídico producido. Dicha formulación en el curso del tiempo se orientó, jurisprudencial y doctrinariamente, hacia el reconocimiento de la compensación económica por la afectación en el patrimonio<sup>110</sup>, desde una perspectiva simplemente económica, desprovisto de cualquier otra dimensión.

<sup>109</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Post-doctor de las Universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III Madrid España. Máster en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Derecho Administrativo en esta misma casa de estudios. Especialista en Administración Pública del Instituto Brasileiro de Administración Municipal. Profesor de la cátedra de Derecho Administrativo General en la Universidad Externado de Colombia y de la Maestría en Derecho Administrativo y del Doctorado en Derecho de esta misma universidad. Ex-director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Ex Magistrado del H. Consejo de Estado de la República de Colombia.

<sup>110</sup> “Toda la cuestión de la reparación del daño, es decir de la concesión a la víctima de una compensación del perjuicio que ha sufrido, está dominado por la regla que esta compensación debe ser equivalente al daño, que por ella el perjuicio, tal como ha sido reconocido, debe ser enteramente reparado”. CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, Paris, 1954, pp.491 y 492.

2.- Un concepto allende lo jurídico de profundo carácter político y sociológico, consecuencia de la consolidación de la verdad y la justicia en relación con las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En este sentido es mucho y materialmente mas que un simple concepto indemnizatorio, involucra ideas de reconstrucción y reivindicación del ser humano en la sociedad. Luego el concepto de reparación conlleva cargas de individualismo pero también de responsabilidades colectivas. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, **ES UN DERECHO DE TODA VICTIMA** sustentado en las ideas de verdad y de justicia.

3.- La anterior configuración encuentra, en la actualidad, que debe ajustarse no sólo a las realidades sociales, sino que está llamada a responder por la doble naturaleza de la reparación como principio y como derecho. Como principio, de manera tal que oriente al sistema jurídico hacia la protección no sólo de la esencia individualista de cada sujeto<sup>111</sup>, sino que se proyecte a la defensa eficaz de sus derechos, donde no sea suficiente sólo reparar la esfera personal de la víctima, sino que deba operarse en los contornos de su comunidad<sup>112</sup>, de sociedad y del tejido que cabe restablecer para lograr una justicia distributiva<sup>113</sup>. De ahí, pues, que se afirme que la reparación como principio constitucional debe buscar la integralidad<sup>114</sup>, lo que no se aleja de los postulados originarios [derecho romano y civil clásico] en los que se afirmaba la exigencia de “dejar indemne” a la víctima, pero dentro del contexto del Estado Social de Derecho, y atendiendo a las particularidades que debe ofrecer dicho principio en un ámbito de conflicto armado, o de perturbación permanente de derechos, libertades e intereses, como en el que se encuentra la Colombia desde hace décadas.

4.- Ahora bien, como derecho, la reparación se construye reconociendo que en su contenido se ven implicados otros derechos de esencia fundamental: vida, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, información, expresión, al acceso a la administración de justicia, etc. Sin embargo, su consideración como derecho es

111 Visión individualista que queda comprendida en la jurisprudencia: Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2000: considera: “[...] el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados”, especialmente cuando se trata de los daños ocasionados por la comisión de un hecho punible.

112 Corte Constitucional, sentencia T-853 de 2011: “[...] En el plano comunitario, también las víctimas colectivas de violaciones de sus derechos humanos o de delitos por parte de grupos armados al margen de la ley, tienen derecho a una reparación colectiva que exige por parte del estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de “satisfacción colectiva”, “garantías de no repetición”, y acciones orientadas a la “reconstrucción psicosocial” de las poblaciones afectadas por la violencia”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-575 de 2006; C-1199 de 2008.

113 Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006: “[...] El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar; indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas”.

114 Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006: “[...] La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2003.

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

ambigua, y en ocasiones se reduce a determinados casos. La Corte Constitucional en la sentencia T-821 de 2007<sup>115</sup> afirma la existencia del “derecho a la reparación integral del daño causado”, siempre que el sujeto [o sujetos] haya [n] sido objeto o sometidos a violaciones de los derechos humanos<sup>116</sup> [para el caso en concreto al desplazamiento forzado]. A lo que agrega, que la “indemnización de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización”<sup>117</sup>, por lo que la lectura de la reparación como derecho no puede quedar limitada al sistema jurídico colombiano, sino que exige que se tenga en cuenta los instrumentos convencionales de los que se desprende profundos elementos que completan las dos dimensiones del contenido de este derecho: material e integral.

5.- De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa toda “violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitución in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo

115 Corte Constitucional, sentencia T-821 de 2007; T-085 de 2009; Salvamento de voto del Dr. Juan Carlos Henao a la sentencia C-931 de 2009.

116 Corte Constitucional, sentencia T-853 de 2011: “[...] *toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor*”.

117 Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002].

esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio”<sup>118</sup>.

6.- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, por lo general “ordena una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contiene todas y cada una de las medidas que de acuerdo al caso sean las necesarias con el fin garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y la no repetición. La Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”<sup>119</sup>.

7.- En ese contexto, para determinar el contenido “integral” de la reparación de las víctimas debe tenerse en cuenta: i) el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre<sup>120</sup>, según el cual “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”; ii) el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>121</sup>, según el cual “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”; iii) el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanas y degradantes<sup>122</sup> estableció como obligación de los Estados que en su legislación debe garantizar a la víctima la reparación de todos los daños ocasionados; y, iv) la Resolución<sup>123</sup> de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005 con la que se establecieron los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de

118 Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

119 Sentencias, Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 341 y 342; Corte Interamericana de Derechos humanos.. Caso de la Masacre de Ituangó. Párr 238, Caso Baldeón García, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, párr. 195; y Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294.

120 OAS, ResoluciónXXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, OEA/Ser.I.V/IL82.doc.6 rev 1, 1992, p.17.

121 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución AG. 217 A (III). ONU. Doc. A/810, 1948, p.71.

122 Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

123 Corte Constitucional, salvamento de voto de los magistrados Juan Carlos Henao y Luis Ernesto Vargas a la sentencia C-931 de 2009: “[...] Aunque este tipo de Resoluciones, en principio, no tienen un carácter estrictamente vinculante, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, constituyen un criterio hermenéutico relevante a la hora de adoptar decisiones”. En cuanto al carácter normativo, o la vocación de integración de este tipo de fuentes del derecho internacional puede verse: Corte Constitucional, C-010 de 2000; T-1391 de 2001; C-004 de 2003; C-067 de 2003; T-453 de 2005; C-355 de 2006.

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones”, en su IX principio consagra variados criterios: a) con la “reparación adecuada, efectiva y rápida” se promueve “la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario” [15]; b) la reparación “ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido” [15]; c) la reparación por acciones u omisiones atribuibles al Estado constitutivas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario tiene como fundamento normativo el derecho interno y las “obligaciones jurídicas internacionales” [15]; d) además de la reparación en el contexto de la responsabilidad, todo Estado se compromete a “establecer programas nacionales de reparación” y de asistencia a las víctimas [16]; e) debe existir en cada derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que imponen reparaciones de daños [17]; la reparación cuando están comprometida la violación de derechos humanos y del derecho internacional humanitario debe ser “plena y efectiva”, para lo que se debe contar con todas y cada una de las siguientes modalidades: restitución<sup>124</sup>, indemnización<sup>125</sup>, rehabilitación<sup>126</sup>, satisfacción<sup>127</sup> y garantías de no repetición<sup>128</sup> [18].

124 “[...] 19. La restitución, siempre que se sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”.

125 “[...] 20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) el daño físico o mental, b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”.

126 “[...] 21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”. Corte Constitucional, sentencia C-1199 de 2008: Las medidas de rehabilitación definidas como “acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito”.

127 “[...] 22 La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”.

128 “[...] 23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c)

8.- Luego, cuando la reparación se analiza como principio, o como derecho, en el contexto del conflicto armado interno en el que se encuentra inmerso Colombia, debe tener en cuenta no sólo su contenido económico, tradicional al esquema ordinario del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que al establecerse la atribución a las acciones, omisiones o inactividad del Estado trasciende más allá de lo pecuniario, ya que se producen violaciones, vulneraciones o afectaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no sólo de víctimas determinadas o determinables, sino de comunidades enteras que abogan ya abogan por el restablecimiento de sus derechos, con lo que el concepto de indemnidad se proyecta en una dimensión donde es la dignidad humana y la eficacia de los derechos lo que orienta la integralidad, abriéndose paso a una vocación de la reparación que promueve no sólo el “resarcimiento”, sino también, la verdad [acceso al conocimiento de los hechos que dieron origen a las vulneraciones, sus responsables, los factores que las desencadenaron], la justicia [de manera que todos los responsables sean puestos a disposición de las autoridades para su juzgamiento] y de reparación [que no sea sólo individual, sino colectiva también].

9.- En el marco del conflicto armado interno, la reparación debe tener en cuenta que puede proceder no sólo por las acciones directas, las omisiones o la inactividad del Estado, sino también de aquellas desplegadas por sujetos privados que hacen parte del conflicto e intervienen<sup>129</sup>, y pueden vulnerar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, razón suficiente para que en virtud de la verdad y la justicia el juez contencioso no se contente con la simple condena al Estado, sino que se ve impelido a exigir de las autoridades judiciales competentes, del orden nacional e

---

El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los código de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”.

129 La Corte Interamericana ha establecido que no sólo los actos u omisiones del Estado o de sus agentes, que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede derivarse responsabilidad por actos presumiblemente cometidos por particulares. Caso la Masacre de Pueblo Bello (vs) Colombia, Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párrs 123 y ss; Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Rights, Kilic v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, par. 62 y 63; Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII , par. 115 y 116; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Razonado del Juez Cancado Trindade. Sentencia Caso de la Masacre del Plan de Sanches; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141y Caso Maritza Urrutia párr. 41; Corte Interamericana. Caso masacre de la Rochela. párr 78. Caso 19 Comerciantes, párrs. 115 a 124. Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 134 y 135; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 125 a 127, 139 y 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. párr. 116.

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

internacional, la investigación y juzgamiento de aquellos que haciendo parte de grupos armado insurgentes y de grupos ilegales han podido estar incursos en la comisión de actos vulneratorios.

10.- Sin embargo, aun defendiendo este cambio de modelo, la jurisprudencia contencioso administrativa se viene orientando con base en un esquema de reparación que combina presupuestos clásicos, con vocación económica o pecuniaria, y aquellos en los empieza a aflorar la concepción de la reparación integral tal como ha sido formulada. En el siguiente apartado, se expone la aproximación a los de carácter clásico, planteando la necesidad de comprender que la reparación busca el restablecimiento, el resarcimiento justo, pero no un enriquecimiento de la víctima o de sus familiares, por lo que ha sido propuesto, entre otros, la aplicación del principio de proporcionalidad, y la consideración de los perjuicios inmateriales en contexto global [perjuicio moral, daño a la salud y afectaciones a bienes constitucionales].

**II. La determinación de los elementos que integran la reparación motivada de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia contencioso administrativa, según los principios de proporcionalidad y razonabilidad.**

11.- El escenario del reconocimiento y cuantificación de los perjuicios inmateriales dentro de los procesos de responsabilidad del Estado, conforme a lo preceptuado en el artículo 90 constitucional, configura a no dudarlo un claro y típico ejemplo de un marco de discrecionalidad para los jueces administrativos, en la medida en que su actuación esta enmarcada en el margen que le otorga la norma constitucional citada pero en un contexto claramente de indeterminación, obligando al juez, mientras no exista regla legal o jurisprudencial alguna que lo delimite, a sujetarse al marcos marco de garantías, frente a los derechos subjetivos enfrentados en el proceso – Estado y víctimas– que ofrece el desarrollo de los principios constitucionales de ponderación y proporcionalidad.

12.- El Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso, motivación que debe surgir del juego articulado y razonado que los elementos de la ponderación y proporcionalidad le brindan, ante la inexistencia de referentes objetivos legales o jurisprudenciales a los cuales sujetarse. Para cada caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales debe encontrar sustento en la teoría de la argumentación jurídica.

13.- Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos

constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”<sup>130</sup>.

14.- Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”<sup>131</sup>. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”<sup>132</sup>.

15.- En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias [de las decisiones judiciales] tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez [contencioso administrativo, por ejemplo] que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

16.- La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 [expediente 23492], no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “*arbitrium iudicis*” determinara el “*quantum*” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se “ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del

130 ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p. 139.

131 ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 31-32.

132 ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p. 164.

“Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”.

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”<sup>133</sup>.

17.- El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”<sup>134</sup>.

18.- Todo lo cual lleva a concluir, que “el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquella que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”<sup>135</sup> (negrita fuera de texto).

19.- Se consolida, pues, como idea fuerza que el juez administrativo debe observar en sus decisiones judiciales no sólo la discrecionalidad como regla, sino que debe trascender en ellas la incorporación decidida y sustancial del principio de proporcionalidad, de la ponderación y de la carga argumentativa (o de motivación). Así mismo, cabe afirmar que mientras subsistan escenarios de discrecionalidad es importante que el juez administrativo reconozca que existen límites que no desfiguran el ejercicio de sus potestades, sino que, por el contrario, dotan de mayor legitimidad a las decisiones judiciales. Finalmente, en la medida en que el legislador, con referencia a la tasación y liquidación de los perjuicios inmateriales, o la jurisprudencia generen referentes objetivos, el principio de proporcionalidad debe ceder espacio a estos, como se decidió recientemente, sentencia de 28 de agosto de 2013, por la Sala Plena de la Sección

133 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

134 TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

135 A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador., ob., cit., p.172.

Tercera, en la que se determinaron criterios, referentes o parámetros objetivos para liquidar los perjuicios morales cuando se trata de un evento de privación injusta de la libertad, ya que se trata de una actividad reglada del juez, donde, incluso, la aplicación del principio de proporcionalidad se modula de manera reducida y se estrecha el margen de discrecionalidad con el que se cuenta.

20.- Al respecto, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>136</sup> señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado —al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

21.- Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia<sup>137</sup> como

136 Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

137 “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

espacio básico de toda sociedad<sup>138</sup> [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el

legítimos; “3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 3°; “5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 4°; “6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oír también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oír en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3° ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal.

Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

138 “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”.

Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la

momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]: –¿cómo estaba conformada la familia?; –¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; –¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; –¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; –¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo–?, y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental<sup>139</sup>.

protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación, [5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

139 “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

22.- En ese sentido, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>140</sup>, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional].

23.- A lo que se agregó, en la misma sentencia una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la **órbita** interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

24.- Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también–, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.

---

protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquella pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquella serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección.

Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

140 Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

25.- Delimitado el alcance de la reparación que por perjuicios morales puede definir el juez contencioso administrativo, fundado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ahora debe estudiarse otra de las modalidades de perjuicios inmateriales: los perjuicios derivados de afectaciones a derechos, bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados.

### **III. Perjuicios derivados de las afectaciones a derechos, bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados como consecuencia del conflicto armado.**

26.- El conflicto armado interno que vive Colombia como fenómeno y realidad impone no sólo examinar las huellas que internamente, en la psique, de las víctimas produce, y su racionalización, sino que exige al juez contencioso administrativo determinar si como consecuencia de dicho conflicto se producen afectaciones a derechos, bienes e intereses constitucional y convencionalmente amparados.

27.- Cuando se produce un ataque de un grupo armado insurgente o de autodefensa, cuando se produce el desplazamiento o la desaparición forzada, cuando se asiste a situaciones en las que se somete a las víctimas a tortura, tratos o penas crueles o inhumanas, etc., las víctimas no son reparadas integralmente si no se reconoce que ciertos derechos, bienes o intereses constitucional o convencionalmente amparados, deben ser objeto de restablecimiento o compensación. Cada una de las situaciones, fenómenos o eventos señalados generan multiplicidad de vulneraciones a los derechos. Por ejemplo, la desaparición forzada como fenómeno es “pluriofensivo” en su afectación a tales derechos, bienes e intereses. Cómo explicarlo? Aquel sujeto desaparecido forzosamente se ve sometido, inicialmente, a la vulneración de su libertad personal; durante su permanencia a manos de sus captores, dicha víctima se ve expuesta a la vulneración de sus derechos a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la locomoción; y, de no encontrarse, o reaparecer, la víctima ve vulnerado su derecho a la identidad y a su personalidad jurídica, en un marco donde la dignidad humana es el principio básico y vertebrador de la protección que le debe ser dada a las víctimas en función de la reparación integral.

28.- De ahí pues, que en el derecho constitucional moderno y en el derecho administrativo aplicado al Estado Social del Derecho y al Estado de Bienestar la reparación de los daños antijurídicos imputados al Estado no se limiten sólo a la esfera de la psique y de la sensibilidad de las personas, abriéndose el camino a reconocer la reparación de los perjuicios que se materializan en la restricción, limitación o supresión de los derechos, bienes e intereses constitucionales, cuyo fundamento normativo no sólo se encuentra en la Carta Política de Colombia, sino que tiene se apoya siguiendo el artículo 93 de la misma en las normas convencionales que permiten, sistemáticamente, comprender el alcance verdaderamente integral de la reparación, como es el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

29.- Podemos plantear como ejemplo un caso en el que se imputa la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de las personas, en la que se produce la vulneración de derechos humanos no sólo en la esfera de la víctima directa, sino también en la de sus familiares. De acuerdo con lo jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se considera [caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de 22 de noviembre de 2005] “violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos”<sup>141</sup>.}

30.- Precisándose, siguiendo la misma jurisprudencia, que en “casos que involucran la desaparición forzada de personas, el Tribunal ha afirmado que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo que se acrecienta por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima, o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido”<sup>142</sup>.

31.- Como se produce la afectación a la integridad psíquica y moral de los familiares, está claro que esta se desdobra hacia bienes constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad persona y a la familia, así como el derecho a las plenas garantías judiciales, a la verdad, a la justicia y a la reparación, que se produce continuamente mientras no se conoce el paradero, o la situación en la que pueda encontrarse los familiares de la víctima, quienes con ocasión de la desaparición forzada padecieron una seria e irreversible afectación en los bienes constitucionales mencionados, y están expuestos a la amenaza de estos y sus garantías judiciales y de su dignidad humana, que deben ser objeto de reparación en la siguiente forma, modulándose proporcional y ponderadamente la indemnización pecuniaria a que haya lugar, que puede oscilar de acuerdo con la gravedad e intensidad de la violación o vulneración a los bienes, derechos e intereses constitucionales de los mencionados familiares.

32.- En esa misma perspectiva, la jurisprudencia contencioso administrativa ha venido reconociendo, sustancialmente en los eventos de la responsabilidad imputada al Estado con ocasión del conflicto armado interno, la procedencia de las medidas de reparación no pecuniarias.

---

141 Puede verse también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Mapiripán vs Colombia; caso de las Hermanas Serrano Cruz; caso 19 comerciantes vs. Colombia.

142 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

#### **IV. Medidas de reparación no pecuniarias. La afirmación de la verdad, la justicia y la reparación como elementos para lograr la integralidad de la reparación.**

33.- Las medidas de reparación no pecuniarias entendidas como aquellas de contenido no económico, de vocación colectiva y sustentadas en la “verdad, justicia y reparación”. Son la expresión concreta de la integralidad con la que debe operar la reparación del daño antijurídico atribuido al Estado [por acciones, omisiones o inactividad] y que produce la vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

34.- Su fundamento normativo puede encontrarse en la violación de los artículos 1, 2, 11, 16 y 42 de la Carta Política, 1.1, 2, 3, 4, 5, 7, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, como se desprende de los casos de ataques de grupos armados insurgentes, de masacres, de daños a bienes muebles e inmuebles de la población civil, de desplazamiento forzado, de desaparición forzada, de ejecuciones extrajudicial, de torturas, etc.

35.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda “reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado [daño antijurídico], o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo [una violación a un postulado normativo preponderante]. Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable [resarcible], tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes [ley 446 de 1998 y 975 de 2005], se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum [restablecimiento integral] del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos.

36.- En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial.

Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten [trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías], a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”<sup>143</sup>.

37.- Así mismo, en su momento la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró que la “reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en

143 Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273<sup>a</sup>. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos–Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T-227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio<sup>144</sup>. Como consecuencia de lo anterior, la Sala ordenará las siguientes medidas de reparación no pecuniarias.

38.- Son medidas, además, que tienen como vocación no sólo imponer o exhortar al Estado para que las adopte, sino que buscan establecer si los actores del conflicto armado también se encuentra comprometidos en las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, respecto de las cuales carece de jurisdicción el juez contencioso administrativo para pronunciarse, lo que no le impide con fundamento convencional y constitucional [artículo 2, 93 y 228 de Carta Política y 1.1, 2, 8.1, 25, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos] solicitar que se indague por las autoridades judiciales competentes en el orden nacional e internacional, y que se tenga en cuenta en los informes acerca del estado de los derechos humanos en Colombia, aquellas acciones que con ocasión de un ataque armado, del uso de minas antipersonales, de la afectación de bienes muebles o inmuebles de la población civil, de la realización de masacres, etc., puedan constituirse en violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [v.gr., violaciones a las Convenciones y Protocolos de Ginebra] en las que haya participado un grupo armado insurgente o un grupo armado ilegal.

39.- Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la jurisprudencia ha venido ordenando una serie de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la publicación de la presente sentencia por todos los medios de comunicación, electrónicos, redes sociales y página web de las entidades demandadas, por un período de un (1) año, contados desde la ejecutoria de la presente sentencia; 2) con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 3, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 3 de la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas, remitir la sentencia del caso a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a abrir, reabrir y continuar la investigación contra el grupo armado insurgente o el grupo ilegal por la muerte, lesiones, desaparición forzada, desplazamiento forzado, tortura, ejecución, etc, de las víctimas, con las que se produjeron violaciones a los derechos a) a la libertad personal, b) a la vida, c) a la integridad personal, d) a la personalidad jurídica, y d) a las garantías judiciales; 3) remitir copia de la sentencia en cada caso, y de los elementos esenciales del proceso, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional

144 Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 8 de junio de 2011, expediente 19972; de 8 de junio de 2011, expediente 19973.

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

Humanitario, para que investigue si se consumó o no un ilícito de lesa humanidad; 4) exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de la familia de las víctimas, para establecer si pueden recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada; 6) exhortar para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones que por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos haya adelantado, y se ponga disposición de los medios de comunicación nacional; y, 7) ordenar que remitir la sentencia al Centro de Memoria Histórica para que repose dentro de los archivos que dicha entidad tenga respecto al conflicto armado interno.

40.- Con el anterior estudio se quiere poner de presente cómo ha venido abordando la jurisdicción contencioso administrativa la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, cuando el daño antijurídico ha sido atribuido al Estado.

**V. Acuerdo de víctimas y su irremediable vincularidad con la convencionalidad (acuerdo quinto dentro del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, teatro colón, Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2016).<sup>145</sup>**

41. La situación adquiere dimensiones políticas y jurídicas particulares, pero transcendentales con la firma de los acuerdos de Paz. El 15 de diciembre de 2015 se dio a conocer públicamente el “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto” o componente de justicia transicional del Acuerdo, el cual estaba cimentado en una amplia declaración de principios sobre víctimas<sup>146</sup>, previamente definida y que materialmente se inspira

<sup>145</sup> Análisis retomado de nuestro trabajo “El Concepto de Convencionalidad, Vicisitudes para su construcción Sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Ideas Fuerza Rectoras”, Universidad Externado de Colombia, 2018, Pg. 290 a 319.

<sup>146</sup> Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. Declaración de principios del 7 de junio de 2014. “[...] Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. En tal sentido en la Mesa de Conversaciones de La Habana, hemos discutido y llegado a acuerdos sobre el punto 5 de la Agenda ‘Víctimas’ que incluye los subpuntos:

1. Derechos humanos de las víctimas y 2. Verdad, tratando de dar contenidos que satisfagan las reivindicaciones de quienes han sido afectados por la larga confrontación respecto a cuya solución política hoy, mediante estos nuevos consensos e importantes medidas y acuerdos de desescalamiento, hemos dado un paso fundamental de avance para la construcción de la paz estable y duradera y la finalización de una guerra de más de medio siglo que ha desangrado al país. El Gobierno Nacional y las FARC-EP, considerando la integralidad que debe caracterizar el desarrollo de los numerales comprendidos en el punto Víctimas, iniciamos nuestro análisis del punto asumiendo la “Declaración de principios” del 7 de junio de 2014. Estos principios fueron tenidos en cuenta a lo largo de todo el trabajo para el desarrollo del Punto 5 – Víctimas, y deberán irradiar su implementación:

“1. El reconocimiento de las víctimas: Es necesario reconocer a todas las víctimas del conflicto, no solo en su condición de víctimas, sino también y principalmente, en su condición de ciudadanos con derechos.

“2. El reconocimiento de responsabilidad: Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades.

“3. Satisfacción de los derechos de las víctimas: Los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables; se trata de ponernos de acuerdo acerca de como deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto.

en el derecho internacional de los derechos humanos en torno al concepto de víctima y sus derechos, así como en el derecho internacional humanitario, y en el derecho de gentes, de tal manera que lo acordado cumpla con los estándares fijados cuando fruto de un conflicto armado interno se producen conductas que puedan encuadrarse como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones al derecho internacional humanitario<sup>147</sup>. Esta declaración constituye el elemento conceptual de dirección, interpretación y aplicación central del acuerdo, lo que le otorga fuerza inusitada en la medida que acoge, a no dudarlo, los parámetros y estándares que el derecho convencional ha definido sustancialmente en relación con las víctimas de los conflictos en todas latitudes, y procura adecuarse tanto a las estrictas exigencias del derecho internacional humanitario como a las reglas que fija el derecho penal internacional para el juzgamiento de las más graves violaciones a los derechos de las personas.

42. La declaración de principios se funda en parámetros surgidos de la experiencia del derecho internacional consuetudinario, de los trabajos de las Naciones Unidas al respecto<sup>148</sup>, de principios y reglas imperativas de *ius cogens*; en suma, del sistema de

---

“4. La participación de las víctimas: La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos.

“5. El esclarecimiento de la verdad: Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.

“6. La reparación de las víctimas: Las víctimas tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto. Restablecer los derechos de las víctimas y transformar sus condiciones de vida en el marco del fin del conflicto es parte fundamental de la construcción de la paz estable y duradera.

“7. Las garantías de protección y seguridad: Proteger la vida y la integridad personal de las víctimas es el primer paso para la satisfacción de sus demás derechos.

“8. La garantía de no repetición: El fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas. Las medidas que se adopten tanto en el punto 5 como en los demás puntos de la Agenda deben apuntar a garantizar la no repetición de manera que ningún colombiano vuelva a ser puesto en condición de víctima o en riesgo de serlo.

“9. Principio de reconciliación: Uno de los objetivos de la satisfacción de los derechos de las víctimas es la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana para transitar caminos de civilidad y convivencia.

“10. Enfoque de derechos: Todos los acuerdos a los que lleguemos sobre los puntos de la Agenda y en particular sobre el punto 5 ‘Víctimas’ deben contribuir a la protección y la garantía del goce efectivo de los derechos de todos y todas. Los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos por igual, lo que significa que les pertenecen por el hecho de serlo, y en consecuencia su reconocimiento no es una concesión, son universales, indivisibles e interdependientes y deben ser considerados en forma global y de manera justa y equitativa. En consecuencia, el Estado tiene el deber de promover y proteger todos los derechos y las libertades fundamentales, y todos los ciudadanos el deber de no violar los derechos humanos de sus conciudadanos. Atendiendo los principios de universalidad, igualdad y progresividad y para efectos de resarcimiento, se tendrán en cuenta las vulneraciones que en razón del conflicto hubieran tenido los derechos económicos, sociales y culturales [...]”. Esto hace parte del Acuerdo Final de 24 de noviembre de 2016, pp. 124 y 125. Colombia. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p. 4, párrafo 3, en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

147 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

148 Las Naciones Unidas, honrando sus compromisos fundacionales de reafirmar la vigencia de los postulados de paz, justicia y seguridad mundial, ha venido desarrollando trabajos en el seno de la Comisión de Derechos Humanos relativos a los derechos de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos y Derecho

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

derecho internacional en el que se encuentran comprendidos el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, lo que le otorga un valor político y jurídico.

43. Político desde la perspectiva de reforzar y consolidar el principio democrático al permitir que la organización armada insurgente al deponer las armas y cesar toda actividad ilícita se reincorpore a la vida civil y ejerza derechos políticos, participando en los procesos de deliberación, conformación y participación política, convirtiéndose en sujetos que pueden ser objeto de la aplicación de los estándares de protección convencional en los términos de los artículos 14 y 16 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del artículo 23 de la CADH, como se ratifica en el caso de la “Masacre de El Mozote contra el Salvador y lugares aledaños” de 25 de octubre de 2012 de la CIDH.

44. Y jurídico, ya que la incorporación de los acuerdos al ordenamiento exige no sólo la adecuación a la configuración constitucional definida por la Carta Política de 1991, sino también por virtud del artículo 93 constitucional y de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, y de las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional se deben someter a los estándares convencionalmente fijados, de manera tal que su aplicación, interpretación y modulación permita afirmar la primacía, prevalencia y garantía de estos, y así los efectos del proceso de Paz y del post-conflicto se correspondan con estos mandatos positivos de protección del conjunto de derechos que deben ser asegurados a todos los ciudadanos, especialmente aquellos relacionados con la verdad, la justicia y la reparación<sup>149</sup>.

---

Internacional Humanitario. Sin duda, se trata de una construcción lenta y progresiva que ha tomado como punto de partida la vigencia de los postulados recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los frutos recogidos de la experiencia de los Juicios de Nuremberg y la ulterior reafirmación de los principios jurídicos que rigieron tales acciones.

149 Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Las víctimas irrumpen como actores principales de los trabajos de las Naciones Unidas para 1985 cuando la Asamblea General de ese organismo proclamó los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 en la cual se reconoció, por primera vez, que “víctimas de abuso de poder” eran aquellas personas que sufrían daños como consecuencia de acciones u omisiones que aun cuando no llegan a constituir violación al derecho penal nacional sí violan “normas internacionales reconocidas relativas a los derechos humanos”, ello como una muestra inicial de la fuerza vinculante que en el derecho interno está llamado a tener el derecho internacional. Posteriormente se designó a un relator especial al que se le encomendó la elaboración de un estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Se trató del primer informe del Relator Theo van Boven, de 2 de julio de 1993, del cual se destacan tres conclusiones y recomendaciones fundamentales sobre los derechos de las víctimas: a) se reconoció que la reparación a las víctimas que han sufrido flagrantes violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales no ha recibido suficiente atención y debe ser abordado en forma sistemática y exhaustiva; b) planteó que las reparaciones debidas a las víctimas debían ser abordadas desde el contexto global de promoción y protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales; c) reconoció que para el efecto de las reparaciones debía prestarse atención a las experiencias acumuladas de países que han afrontado situaciones de violaciones de derechos a las víctimas. En este documento también se recoge una declaración de principios los cuales van desde el reconocimiento de que toda violación flagrante a los Derechos Humanos da lugar a obtener una reparación hasta el punto de detallar las formas en que se puede llevar a cabo esta reparación esto es; a) restitución, b) indemnización, c) rehabilitación y d) satisfacción y garantía de no repetición. Esta construcción fundamental para la comprensión contemporánea de los derechos de las víctimas ha sido prontamente refinada y detallada a efectos de construir

45. Tratándose, entonces, de principios que se sujetan al orden jurídico convencional, vinculan en todos los órdenes mientras no exista un estándar más alto en el sistema jurídico interno, y que de mantenerse integralmente sujetos a los instrumentos internacionales en que se inspiran y a los cuales obedecen estos principios del Acuerdo de Víctimas, se corresponderán y dotarán de plena eficacia a los principios de derecho internacional público operativos de *buena fe objetiva* y de *pacta sunt servanda*, con los que se logra la cohesión y respeto a conjunto de principios, normas y reglas de Derecho

---

un sistema más integral y adecuado sobre esta materia. Así, el segundo informe que fue presentado el 24 de mayo de 1996 por Van Boven atinó al comprender que dentro de este catálogo de principios también incluía las violaciones al Derecho Humanitario, disponiendo, entonces, un trato en condición de igualdad a las víctimas de uno y otro ordenamiento internacional. Con otras palabras, se trató de la integración de un solo marco jurídico protector de derechos de las víctimas. Es de destacar que para 1997 se precisó que el otro gran bloque de violaciones provenían del Derecho Internacional Humanitario, en orden a reafirmar en carácter internacional, convencional y de derecho consuetudinario de este régimen normativo. En el informe del 18 de enero de 2000 Cherif Bassiouni incluyó precisiones al conjunto de principios al desarrollar un concepto universal de víctima y, por otro tanto, al identificar los derechos de las víctimas a a) acceso a la justicia, b) reparación del daño sufrido y c) acceso a la información fáctica sobre las violaciones ocurridas. De este modo, se daba un paso decisivo para la consagración universal del reconocimiento de la víctima como auténtico sujeto de derecho digno de protección desde la perspectiva convencional. Finalmente, este trabajo se consolidó con la promulgación de la Resolución A/RES/60/147 de 16 de diciembre de 2005 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recogen los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, incorporando todo un conjunto articulado de derechos de donde se destacan a) la obligación a los Estados de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, b) la obligación de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de aquellas violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que sean reconocidos como crímenes en el derecho internacional, c) se dispone que cuando así se reconozca en un tratado internacional o cuando “forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales” no prescribirán las violaciones manifiestas a las normas de derechos humanos ni las violaciones graves al derecho internacional humanitario que constituyan crimen internacional, d) se acoge –conforme se venía trabajando de tiempo atrás– un concepto amplio y universal de víctimas de violaciones de violaciones manifiestas a las normas de derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario, e) se prevé el trato con humanidad y respetuoso de su dignidad y a sus derechos humanos a quienes se considere como víctimas y se instrumenta f) el derecho de las víctimas “a disponer de recursos”, donde se incluyen tres instrumentos de garantía de estos derechos: el acceso igual y efectivo a la justicia, a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y al acceso a la información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Debe destacarse lo señalado en uno de los considerandos de estos Principios en que se afirma que estos principios y directrices “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”; esto es, se trata de un desarrollo hermenéutico de principios internacionales o nacionales ya recogidos por los Estados, de donde se sigue, entonces, que la observancia de estos principios no es más que la materialización efectiva y concreta de los postulados humanísticos y garantes sobre los cuales se funda el orden jurídico internacional contemporáneo. Una disgregación de este concepto de víctima permite extraer las siguientes conclusiones elementales: 1) indiferencia de las calidades personales o subjetivas de la víctima. A los ojos de esta definición universal, el concepto de víctima no requiere, para su estructuración, que se cuenten con ciertas calidades particulares por parte del sujeto afectado o dañado con la actuación, así mismo, también es claro que si concurren ciertas condiciones particulares de cualquier índole (miembro de población civil, miembro de la fuerza pública, etc.) ello no tiene ninguna virtud de afectar la calidad de víctima; 2) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas del victimario. Igualmente, la estructuración del concepto de víctima no pende, en modo alguno, de las calidades del perpetrador y/o responsables de los actos dañosos, en este sentido; 3) cualificación de los actos constitutivos del daño. A diferencia de los dos criterios expuestos, el concepto de víctima descansa, en esencia, sobre el tipo de acciones u omisiones llevadas a cabo. Sobre este punto, es preciso señalar que las acciones ejecutadas en contra de la víctima demandan una cualificación jurídica (normativa) particular, deben corresponderse con violaciones manifiestas o graves del cuerpo normativo que reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de Gentes.

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

Internacional, teniendo como consecuencia la de irradiar y determinar la adecuación normativa interna, de los procedimientos y actuaciones de las administraciones públicas, y del modelo de intervención del poder judicial.

46. Ahora bien, obsérvese que dicha declaración, además de estar fundada en el derecho convencional, se incorpora en un instrumento-acuerdo de víctimas, suscrito entre el Estado colombiano y la organización armada insurgente FARC, para resolver un problema político de carácter interno del Estado y la sociedad colombiana, destinado a producir efectos jurídicos en el derecho interno colombiano, pero que, dentro de la dogmática clásica del orden jurídico tradicional con que podría leerse nuestro sistema de fuentes, tendría dificultades inmensas para ser considerado como una de tales, o asimilarse a una de dichas estructuras.

47. Formalmente no es acto administrativo, ni es ley, ni sustituye a la Constitución; es ante todo un acuerdo de paz o, por lo menos en relación con el acuerdo de víctimas analizado, contiene un instrumento político-jurídico para la paz, que tiene su fuerza en las fuentes del derecho convencional; por lo tanto, no ubicado en un marco de derecho interno, sino en el contexto de un ordenamiento jurídico integrado entre las reglas, principios y valores del Derecho Internacional con el nacional, irradiando, como se ha dicho, absolutamente todo el orden interno del país, empezando por su régimen constitucional.

48. Los acuerdos de paz se fundan, en consecuencia, en profundas y sustanciales razones del derecho internacional a las que el Estado colombiano debe corresponderse por virtud de todos los tratados firmados, ratificados e incorporados al ordenamiento jurídico interno en materia de derecho internacional de los derechos humanos, de derecho internacional humanitario, de derecho de gentes, enmarcado dentro de los valores, principios y finalidades de la Carta de las Naciones Unidas, de la Carta de la Organización de Estados Americanos, de la Carta Democrática de la OEA, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los convenios de Ginebra de 1949 y de sus protocolos adicionales de 1977, entre muchos más que fijan los estándares convencionales a los que deben someterse todos los procesos y acuerdos de paz con los que se termina un conflicto armado interno.

49. Pero lo que resulta más valioso: soportado en el valor de la paz universal y perpetua entre las naciones y los pueblos, con más razón entre los hijos de una misma patria, que inspira y configura motor e impulso del derecho internacional consuetudinario y por lo tanto del *ius cogens*. El respeto y garantía de los estándares convencionales con fundamento en los principios mencionados de *buena fe objetiva* y de *pacta sunt servanda* le da una cobertura especial a lo pactado al reivindicar el pleno respeto y eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho de Gentes al que se somete el Estado colombiano como parte o miembro de la sociedad universal de naciones y Estados.

50. Ahora bien, podría pensarse que los acuerdos de paz suscritos con la organización armada insurgente tienen su motivación en los desarrollos que se hagan para consolidar propósitos y finalidades del artículo 22 constitucional<sup>150</sup>, lo cual los ubicaría en un estricto marco del derecho interno, a nivel subconstitucional, por lo tanto, con una validez sujeta de manera concreta al derecho colombiano.

51. Esta posición sería de recibo si se entiende que cualquier desarrollo de la preceptiva de la mencionada norma constitucional solo es entendible si se admite, como debe hacerse, que la paz no es únicamente un valor constitucional sino, por el contrario, un valor universal inherente al colectivo humano, por lo tanto por encima de cualquier consideración de nacionalidad o de otra especie, lo que obliga en cualquier rincón del planeta a ser entendida y razonada convencionalmente, inmersa en la construcción vinculante que para ella ha hecho el derecho internacional.

52. Luego un acuerdo de paz no puede contener cualquier consenso sobre la paz, solo puede ser depositario de aquel que reúna y cumpla los estándares convencionales, sobre todo si a través de ellos se pretende reivindicar la condición de las víctimas en un ámbito de no impunidad<sup>151</sup> y garantizar las obligaciones

150 Colombia. Constitución Política. Art. 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

151 Los principios sobre los derechos de las víctimas guardan plena relación de complementariedad con otro de los trabajos desarrollados en el seno de las Naciones Unidas y es el “conjunto de principios para la lucha contra la impunidad” o informe Orentlicher recogido en la Resolución E/CN.4/2005/102/Add. 1 Distribución General el 8 de febrero de 2005, donde se entiende por impunidad “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”. Y reafirma principios tales como a) el Derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar, el derecho de las víctimas a saber y las garantías para hacer efectivo ese derecho a saber, b) se reconoce el derecho a la justicia y c) el derecho a obtener reparación y garantías de que no se repitan las violaciones sufridas. Finalmente, cuanto se ha dicho encuentra correspondencia, por otro tanto, con el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/2004/616 Distribución General 3 de agosto de 2004, donde, ya en concreto, hace –entre otras– las siguientes recomendaciones en materia de negociaciones, acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad: “A. Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad. 64. Asegurarse de que en los acuerdos de paz y las resoluciones y mandatos del Consejo de Seguridad: [...] c) Se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”. Para terminar, importa destacar que tanto la elaboración de estos documentos de las Naciones Unidas como los trabajos desarrollados por otras organizaciones internacionales o regionales de Derechos Humanos y la experiencia de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, la Corte Penal Internacional y los tribunales penales ad hoc muestran un estado actual de la cuestión que pone énfasis sustancial y directo en la víctima como sujeto de protección especial en el derecho internacional, otorgándole un rango principal al reconocerle un derecho efectivo y material a acceder a la justicia, imponer al Estado (y a la comunidad internacional) el deber de perseguir, juzgar y sancionar efectivamente a los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario; garantizar a las víctimas el derecho a una reparación integral que conoce desarrollos sustantivos dirigidos a proveer verdad (colectiva e individual), indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. Esto es, un vasto conjunto normativo volcado hacia el primado de los derechos del ser humano por sobre la razón de Estado y las coyunturas políticas circunstanciales de las sociedades contemporáneas.

**LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO.  
POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ**

internacionales imperativas<sup>152</sup>; de aquí la razón de ser de su fuerza y vincularidad en el derecho nacional.

53. Para reflejar el alcance de los acuerdos suscritos dentro del proceso de paz de Colombia resulta importante contrastarlo con los criterios que en su momento el secretario general de las Naciones Unidas planteó en el informe “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”<sup>153</sup>.

54. El primero indica que, si bien Colombia y sus ciudadanos han soportado un conflicto armado interno durante seis décadas aproximadamente, no puede pensarse que en el transcurso de ese tiempo el Estado no fue logrando introducir reformas estructurales, dotando de independencia a la administración de justicia, de capacidad técnica, material, financiera, procurando alcanzar cotas de confianza ciudadana, de respeto de los derechos humanos por parte de los poderes públicos y de búsqueda de la paz y seguridad<sup>154</sup>. Estos criterios indican que la situación de Colombia no puede ser asimilada a otros eventos que en el mundo han superado conflictos armados internos después de procesos de paz, sin desechar aquellos elementos, herramientas y aspectos que son útiles para el que está desarrollando el país.

55. El segundo señala que “la paz y la estabilidad sólo prevalecerán exclusivamente si la población percibe que los problemas de gran calado político, tales como la discriminación étnica, la distribución desigual de la riqueza y los servicios sociales, el abuso de poder, la denegación del derecho de propiedad o ciudadanía y las controversias territoriales entre los Estados, pueden resolverse de manera legítima y justa”<sup>155</sup>. Para el caso de Colombia, el proceso de paz debe procurar: i) que impere la justicia dis-

---

152 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párrafo 19. “Por otro lado, desde la ONU se ha venido planteando “que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves a los derechos humanos”. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por su parte, aún cuando aplicable solo a los crímenes que sean de su competencia y jurisdicción, implica la obligación de los Estados parte de producir juicios creíbles sobre los crímenes allí definidos (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra)”.

153 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616, en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>].

154 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>, par 3. “[...] la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala, todo ello dentro de un contexto marcado por unas instituciones devastadas y unos recursos agotados, y con una seguridad debilitada y una población traumatizada y dividida, es difícil cuando no abrumadora. Para llevarla a cabo es preciso prestar atención a múltiples deficiencias, entre ellas las relativas a la falta de voluntad política para introducir reformas, de independencia institucional en la administración de justicia, de capacidad técnica en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en el gobierno, de respeto de los derechos humanos por los poderes públicos y, más en general, de paz y de seguridad”.

155 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004, S/2004/616, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>, par 4.

tributiva; ii) se garantice el ejercicio y acceso a los derechos a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, en especial de aquellos que por el conflicto armado se encuentran en situación de vulnerabilidad; iii) se depure toda modalidad de abuso de poder; iv) se logre un acceso real, efectivo y proporcional al derecho de propiedad (en lo que ya está avanzando Colombia con la legislación y procedimientos de restitución de tierras), y v) se apliquen todos los mecanismos pacíficos de solución de conflictos.

56. Sobre la base de las anteriores consideraciones, el acuerdo sobre víctimas desarrolla un sistema tendiente a la determinación de la verdad, y la consolidación de justicia, reparación y no repetición. Dicho sistema, que pretende ser integral, está estructurado a partir de diversos organismos y medidas encaminados a garantizar los derechos de las víctimas del conflicto, organismos y medidas, todas estas que tan solo pueden ser viables, si las entendemos fundadas en el orden convencional y sujetas a los parámetros y estándares que se han desarrollado para estos efectos en el derecho internacional.

57. Sin embargo, y a título de medidas previas en el proceso de construcción de la paz, se adopta la realización de operaciones especiales con el propósito solucionar uno de los problemas más graves y de consecuencias impredecibles del conflicto, como es el del sembrado de minas antipersonales y demás artefactos explosivos que contaminan el territorio nacional y que ha ocasionado miles de víctimas inocentes, principalmente en los sectores campesinos<sup>156</sup>, hechos con fundamentos en los cuales se han producido permanentes fallos de condena contra el Estado colombiano por violación a sus deberes funcionales en estas materias<sup>157</sup>.

58. La humanización de los conflictos, ha sido materia de preocupación de la comunidad internacional y del derecho internacional humanitario, con el propósito de establecer

---

156 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. “[...] Otras medidas de primer orden tomadas en el marco de las discusiones del punto 5 ‘Víctimas’ han sido: la firma de medidas y protocolos para adelantar los programas de limpieza y descontaminación de los territorios de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados (AEI) y municiones sin explotar (MUSE), o restos explosivos de guerra (REG); medidas inmediatas humanitarias de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y con ocasión del conflicto [...]”.

157 Véanse, entre otras, las siguientes providencias: Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1.º de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

unos límites a la guerra, en lo relacionado específicamente con el uso de minas anti-personal, buscando su eliminación y donde se involucran los procesos de desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación o transferencia de dichos artefactos. Igualmente, respecto al deber de destruir o de asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal, que permitan en el marco de los derechos humanos evitar o mitigar las espantosas consecuencias que la confrontación armada produce en la integridad de las personas desde el ámbito personal, familiar y social<sup>158</sup>.

59. Para el debido cumplimiento de las finalidades del sistema acordado se propone la conformación de un conjunto de instituciones para la paz, las cuales cumplen no solo un importante y sustancial papel en la consolidación de la reconciliación, para lo cual deberán ajustarse al orden jurídico del Estado a los propósitos y finalidades de su fuente inspiradora y de experiencias como lo es el Derecho Internacional y las obligaciones y estándares convencionales<sup>159</sup>, para estos efectos el orden institucional propuesto se hace acompañar de medidas de reparación integral y garantía de no repetición. Una

158 Los estándares convencionales están fijados en los siguientes instrumentos del Derecho Internacional (especialmente del Derecho Internacional Humanitario y de las reglas de la guerra): Convenios de Ginebra; Declaración de Taormina (Sicilia), 1990; Convención de Ottawa referente a la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, aprobada por los Estados partes de las Naciones Unidas el 18 de septiembre de 1997, cuyo preámbulo reza: “[...] Decididos a poner fin al sufrimiento y las muertes causadas por las minas antipersonal, que matan o mutilan a cientos de personas cada semana, en su mayor parte civiles inocentes e indefensos, especialmente niños, obstruyen el desarrollo económico y la reconstrucción, inhiben la repatriación de refugiados y de personas desplazadas internamente, además de ocasionar otras severas consecuencias muchos años después de su emplazamiento, Creyendo necesario hacer sus mejores esfuerzos para contribuir de manera eficiente y coordinada a enfrentar el desafío de la remoción de minas antipersonal colocadas en todo el mundo, y a garantizar su destrucción”.

159 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. “[...] Dentro de estos compromisos se incluyen trascendentales acuerdos como la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; la Jurisdicción Especial para la Paz y las medidas específicas de reparación. Todos estos componentes se han articulado dentro de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, al que se vinculan también medidas de no repetición, precisando que sobre este último tema, aparte de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos, así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final se implementarán medidas adicionales que se acordarán en el marco del Punto 3: ‘Fin del Conflicto’ de la Agenda del Acuerdo General [...] En cumplimiento de nuestro compromiso de poner a las víctimas en el centro del Acuerdo y en respuesta a sus testimonios, propuestas y expectativas, que oímos de viva voz, el Gobierno Nacional y las FARC-EP acordamos crear el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y por esa misma razón hemos tomado las medidas descritas anteriormente. “El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre los que se contempla que ‘deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible’. “El fin del conflicto debe contribuir a garantizar que cesen las violaciones e infracciones, y es también una oportunidad para garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas. La terminación definitiva de las hostilidades brinda condiciones para que las víctimas se expresen sin miedo y reciban el reconocimiento que les corresponde; una oportunidad para que todos a quienes les quepa responsabilidad por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el correspondiente reconocimiento; y en consecuencia, una oportunidad para aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

visión convencional de estos organismos y del alcance de las medidas propuestas nos permite entenderlos según los siguientes estándares:

60. Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, como órgano no judicial<sup>160</sup>. A este órgano se le ha encomendado el esclarecimiento de las violaciones ocurridas, explicar la complejidad del conflicto, promover el reconocimiento de las víctimas y la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición<sup>161</sup>. Los estándares convencionales que operan para esta herramienta son los siguientes:

“La experiencia internacional demuestra que la efectividad de estas medidas es mayor si se aplican de manera articulada y complementaria. Por eso el Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica. Entendemos que una respuesta amplia y genuina a los derechos de las víctimas –en el marco de la implementación de todos los demás acuerdos, que también garantizan derechos– es la base de la justicia.

“Para cumplir con este propósito y avanzar en la lucha contra la impunidad, el Sistema Integral combina mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial para la Paz, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros.

“Adicionalmente se crearán, por fuera de la Jurisdicción Especial para la Paz, mecanismos judiciales tales como una unidad de investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo, y sus redes de apoyo, referidas en el punto 3.4. de la Agenda del Acuerdo General.

“El Sistema Integral tiene un enfoque diferencial y de género, que se ajusta y responde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población, y en especial a las necesidades de las mujeres y de los niños y las niñas.

“El Sistema Integral hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas.

“El Sistema debe también garantizar a la vez la seguridad jurídica de quienes se acojan a las medidas de justicia, como elemento esencial de la transición a la paz.

“El éxito del Sistema Integral depende también de que encuentre la más amplia aceptación en la sociedad.

“Por último, la integralidad del Sistema contribuye a sentar las bases para la recuperación de la confianza, para la convivencia en un escenario de construcción de paz, y para una verdadera reconciliación entre todos y todas los colombianos y las colombianas”.

160 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. “[...] Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: Será un órgano temporal y de carácter extra-judicial, que busca conocer la Verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto; promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición”. Acuerdo Final, 24 de noviembre de 2016, pp. 124 a 156, y Acuerdo Final, 24 de noviembre de 2016, p. 4, párrafo 3, en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, “Conjunto de principios para la Protección y Promoción de los Derechos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. “[...] A los efectos de estos principios, la frase ‘comisiones de la verdad’ se refiere a órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”.

161 En el ámbito interno colombiano las sentencias C-771 de 2011 y C-579 de 2013 de la Corte Constitucional se refieren al derecho a la verdad en sus dimensiones individuales y colectivas. Respecto del Consejo de Estado, es importante resaltar la sentencia de 7 de septiembre de 2015, exp. 34158, de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

- i. cumplimiento de la obligación convencional de reconocimiento del derecho inalienable a la verdad<sup>162</sup> y la superación de la impunidad<sup>163</sup>;
- ii. cumplimiento del deber de recordar<sup>164</sup>;

<sup>162</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principio para la Protección y Promoción de los Derechos mediante la lucha contra la impunidad, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. El principio n.º 2 de dicho informe lo incorpora en los siguientes términos: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”. Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/Res.2406 (XXXVIII-O/08), El derecho a la verdad, aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2008. “[...] 1. Reconocer la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos”.

Reiterado en: Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/RES.2595 (XL-O/10), El derecho a la verdad, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Y ampliada en: Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/RES.2800 (XLIII-O/13), aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2013. “[...] 1. Reconocer la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre tales violaciones de la manera más completa posible, en particular la identidad de los autores, las causas, los hechos y las circunstancias en que se produjeron; para contribuir en acabar con la impunidad, promover y proteger los derechos humanos”. En la jurisprudencia interamericana de derechos humanos puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Reparaciones y costas, sentencia de 22 de febrero de 2002, párrafos 76 y 77; caso *García y familiares vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2012, párrafo 176. Se tiene como respaldo a este estándar: Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, U.N. Doc.R/cN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, párrafos 55 a 57.

El “derecho autónomo e inalienable”, está “estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, y con su obligación de realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las infracciones graves del derecho humanitario, así como de garantizar recursos efectivos y reparación”, y “estrechamente vinculado a otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial, el derecho a la vida familiar, el derecho a una investigación eficaz, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener reparación, el derecho a no sufrir torturas ni malos tratos y el derecho a solicitar y a difundir información”. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “El derecho a la verdad (A propósito del Palacio de Justicia vs. Colombia)”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4038/10.pdf>. AGUIRRE, RAFAEL. “La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización”, Eguskilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º 12, 1998, pp. 77 a 88.

<sup>163</sup> Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principio para la Protección y Promoción de los Derechos mediante la lucha contra la impunidad, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. En uno de sus considerados se señala que el “deber que, según el derecho internacional, tiene todo Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos, exige que se adopten medidas eficaces para luchar contra la impunidad”. La impunidad definida como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

<sup>164</sup> Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, “Conjunto de principio para la Protección y Promoción de los Derechos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. “[...] El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.

- iii. cumplimiento del derecho de las víctimas a saber<sup>165</sup>;
- iv. según la jurisprudencia interamericana, si bien no es un derecho expresamente consagrado en la Convención (caso Castillo Páez vs. Perú de 1997<sup>[166]</sup>), se puede subsumir en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención” (casos Bámaca Velásquez vs. Guatemala de 2000<sup>[167]</sup>; Barrios Altos vs. Perú de 2001<sup>168</sup>; Blanco Romero y otros vs. Venezuela; Servellón García y otros vs. Honduras; Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia; Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela).

61. La jurisprudencia interamericana ha reconocido “que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad”<sup>169</sup>.

62. Puede operar como deber de toda sociedad democrática, entendiendo que este hace parte “del derecho de acceso a la justicia, como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares como una forma de reparación”<sup>170</sup>.

63. En el caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador se afirmó la complementariedad entre verdad extrajudicial, que puede producir una Comisión de la Verdad, y verdad judicial<sup>171</sup>. Llegó a establecerse en el caso Anzualdo Castro contra Perú que la violación del derecho a la verdad implica, además, vulnerar el derecho a buscar y recibir

165 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, “Conjunto de principio para la Protección y Promoción de los Derechos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. “[...] Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

166 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs. Perú, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafos 200 y 201.

167 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, fondo, sentencia 14 de marzo de 2001, párrafo 46.

168 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrafo 86,

169 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 284.

170 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Pueblo Bello c. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 219.

171 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, párrafo 128. “[...] una comisión de la verdad [...] puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad [...] verdades históricas [...] no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

información<sup>172</sup>. En el caso Gomes Lund y otros (Guerhila de Araguaia) contra Brasil se declaró la violación autónoma del derecho a la verdad.

64. Y, finalmente, con el establecimiento de Comisiones de la Verdad se contribuye “a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad”<sup>173</sup>.

66. De otra parte, en derecho comparado abundan las experiencias de creación de comisiones de la verdad de carácter no judicial. En el contexto latinoamericano tenemos, entre otras, las siguientes: en Argentina: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), que cubrió el periodo de 1976 a 1983; Brasil: Comisión Nacional de la Verdad (cubrió el periodo 1946-1988); Chile: Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación (cubrió el periodo 1973-1990); El Salvador: Comisión de la Verdad para El Salvador (cubrió el periodo 1980-1992); Haití: Comisión Nacional de Verdad y Justicia (cubrió el periodo septiembre de 1991-octubre de 1994); Guatemala: Comisión para el Esclarecimiento Histórico (cubrió el periodo 1958-1994, aproximadamente); Paraguay: Comisión de Verdad y Justicia (cubrió el periodo 1954-2003); Perú: Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) (cubrió el periodo 1980-2000 ) Uruguay: Comisión para la Paz (cubrió el periodo 1973-1985). En el resto del mundo se destacan, además, las comisiones conformadas en Uganda, Chad, Sudáfrica, Nigeria, Sierra Leona, Ghana, Timor-Leste, Marruecos, Liberia<sup>174</sup>.

67. Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto<sup>175</sup>. Esta unidad tendrá a su cargo dirigir, coordinar y

---

[...] [s]e trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen”.

172 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, párrafo 120.

173 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, párrafo 298. MORA ORTEGA, RODRIGO, “Una revisión sobre las tensiones entre el derecho a la información y el derecho a la verdad histórica”, Transparencia & Sociedad, No. 1, junio 2014, pp. 27 a 36. HEFFES, EZEQUIEL, “Causas, justificaciones y pretextos en “el mozote”: El derecho a la verdad como derecho humano y su correlato con el sistema interamericano de derechos humanos”, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 26, 2012, pp. 81 a 104.

174 Parte de esta información ha sido obtenida en: HAYNER, PRISCILLA. Comisiones de la verdad: resumen esquemático. En: International Review of the Red Cross, n.º 862, junio de 2006, pp. 4-7. Disponible en el sitio web: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc\\_862\\_hayner.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf)

175 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. “[...] Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado: Será una unidad especial de alto nivel de carácter humanitario y extrajudicial, cuyo objetivo es dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la localización y entrega digna de restos. Las actividades de la Unidad no podrán ni sustituir ni impedir las investigaciones judiciales a que haya lugar en cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado”. Acuerdo Final, 24 de noviembre de 2016, pp. 124 a 156. Colombia. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, p.4 párrafo 3, en [<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>]

contribuir a las acciones humanitarias de búsqueda e identificación de personas desaparecidas en el conflicto y la entrega digna de los restos respecto de quienes hayan fallecido. Se trata de una unidad de carácter no judicial y, por tanto, no sustituye ni impide las investigaciones judiciales respectivas<sup>176</sup>. Los estándares convencionales a los que se sujetan son:

68. i) cuando se trata de la desaparición forzada, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra este tipo de actos impone la obligación positiva a los Estados de adoptar las medidas adecuadas para buscar, localizar, en dado caso lograr la liberación de las personas, y en caso de haber fallecido permitir encontrar el cuerpo, dotarle de respeto y restituir sus restos con dignidad (artículo 24.3).

69. El anterior deber tiene como correlato el derecho imprescriptible a la información que debe recibir la familia de la víctima directa para determinar su suerte y paradero, o de restitución de su cuerpo, tal como lo consagra el artículo 34 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad.

70. ii) Existe, también, en el evento de un conflicto armado interno –o no internacional– la obligación positiva del Estado de orientar sus acciones hacia la eficacia del derecho que asiste a las familias de los desaparecidos de conocer el paradero de sus familiares, e implementar todas las medidas necesarias para que una vez cesen las hostilidades se procure la búsqueda de aquellos, o en dado caso de sus restos, para cumplir con los mandatos de los artículos 32, 33 y 34 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente tratándose de miembros de la fuerza pública.

71. La jurisprudencia de la Corte Interamericana refleja este mismo criterio, ordenando a los Estados adelantar búsquedas de las personas desaparecidas en su territorio. Ha dicho la Corte que la identificación del paradero es una justa expectativa de los familiares del desaparecido y, por tanto, genera el deber correlativo para el Estado de satisfacerla. “Recibir los cuerpos de sus seres queridos es de suma importancia para sus familiares, ya que les permite sepultarlos de acuerdo a sus creencias, así como cerrar el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de estos años”, ha dicho ese Tribunal<sup>177</sup>.

176 La Corte Constitucional se ha pronunciado en igual sentido en las sentencias C-473 de 2005 (párrafo 32) y C-620 de 2011 (apartado 3.2.15). El Consejo de Estado en la sentencia 31.326 de 6 de mayo de 2015 de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Importa destacar en este punto que una de las recomendaciones efectuadas por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en reciente informe sobre Colombia dice: “f) Insta al Estado a que resuelva los múltiples conflictos procedimentales e institucionales actuales en relación con la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas, unos conflictos que constituyen un obstáculo para el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas”. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. A/HRC/22/17/Add.3. Distribución General 7 de enero de 2013.

177 Véase sobre el particular: Caso Neira Alegría y Otros c. Perú, fallo de reparaciones y costas de 19 de septiembre de 1996, párr. 69; caso Goiburú c. Paraguay, fallo de 22 de septiembre de 2006, párr. 172, caso Gelman c. Uruguay, fallo de 24 de febrero de 2011, párr. 259, caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) c. Guatemala,

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

72. Una Jurisdicción Especial para la Paz que tiene a su cargo administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario<sup>178</sup>. Los estándares convencionales que operan son los siguientes:

73. i) Dicha jurisdicción se encuentra sometida a los principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, respecto a) a la definición del delito de derecho internacional; b) a la responsabilidad por este pese a no imponerse pena en el derecho interno; c) a la responsabilidad internacional de quien ha sido jefe de Estado o autoridad del Estado; d) a la responsabilidad por cumplimiento de orden de un superior; e) al juzgamiento imparcial al que deben someterse todos los acusados por un delito internacional, y f) a la delimitación de los delitos de derecho internacional<sup>179</sup>.

74. ii) La restricción de las amnistías generales por virtud de lo consagrado en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de lo desarrollado en la Observación General n.º 20. <sup>[180 - 181]</sup>

---

fallo de 20 de noviembre de 2012, párr. 333; caso Rochac Hernández y Otros c. El Salvador, fallo de 14 de octubre de 2014, párr. 196; caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia, fallo de 14 de noviembre de 2014, párr. 563.

178 En el ámbito colombiano las sentencias de la Corte Constitucional C-579 de 2013 (acápites 9.5 y 9.7) y C-928 de 2005 (acápites 6). El Consejo de Estado en auto de 17 de septiembre de 2013 Exp. 45092 de la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo aborda el tema en la misma dirección de lo expuesto. Colombia. Corte Constitucional, sentencias C-577 de 2014 y C-379 de 2016.

179 Los principios de derecho internacional reconocidos en los procesos de Nuremberg. "Yearbook of the International Law Commission 1950", V.II, Documents of the second session including the report of the commission to the General Assembly, 1957, pp. 374-378, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>; consultado 9 de marzo de 2016.

180 Así, en la Observación General n.º 20 sobre el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dijo: "15. El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación completa posible". Posteriormente, en la Comunicación n.º 322/1988 de 19 de julio de 1994. Hugo Rodríguez c. Uruguay reiteró este parecer: "12.3 El Comité no está de acuerdo con el Estado parte en que el Estado no tenga ninguna obligación de investigar las violaciones de derechos enunciados en el Pacto por un régimen anterior, sobre todo cuando estas violaciones incluyen delitos tan graves como la tortura. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto se estipula claramente que cada uno de los Estados Parte en el Pacto se compromete a garantizar que 'toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales' [...] El Estado parte ha sugerido que el autor siga investigando su tortura a título privado. El Comité considera que la responsabilidad de investigar recae en el Estado de conformidad con su obligación de proporcionar un recurso efectivo. Habiendo examinado las circunstancias de este caso, el Comité llega a la conclusión de que el autor no ha tenido un recurso efectivo. 12.4 El Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley n.º 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos [...]". Y en las observaciones finales respecto del Estado de Chile CCPR/C/79/Add.104 (1999) de 30 de marzo de 1999 reiteró este punto: "7. El Decreto ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades previstos en el Pacto hayan sido violados. El Comité reitera la opinión expresada en su Observación General 20, de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no

75. Importa destacar los trabajos de jurisdicciones internacionales tales como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que han referido sobre el valor de las amnistías.

76. Así, en el primero de estos tribunales la sentencia de 10 de diciembre de 1998, caso *Prosecutor vs. Anto Furundzija*, el TPIY dijo:

155. El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa de derecho internacional tiene otros efectos en los niveles inter-estatales e individuales.

estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar porque no se cometan violaciones similares en el futuro". Por otro tanto, se tiene el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad. S/2004/616 Distribución general 3 de agosto de 2004. En un aparte titulado "Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad" se lee: "c) Se rechaza la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas". Otro de los trabajos de las Naciones Unidas es el Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad (Informe Orentlicher) E/CN.4/2005/102/Add.1, que en su artículo 24, sobre restricciones y otras medidas relativas a la amnistía" indica: "Artículo 24. Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía. Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trate. b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán en el derecho a saber. c) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a la reclusión sin consideraciones ni plazos. d) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya esclarecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo tortura".

181 Se expidió la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones".

De esa norma se tiene en cuenta para su valoración convencional: "Artículo 3°. La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas. Además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la potesta [sic] social en los términos que en esta ley se indica. En cuanto a los miembros de un grupo armado en rebelión solo se aplicará a los integrantes del grupo que haya firmado un acuerdo de paz con el gobierno, en los términos que en esta ley se indica". Los artículos 5 (derecho a la paz), 6 (principio de integralidad), 7 (principio de prevalencia), 8 (principio del reconocimiento del delito político), 9 (principio del tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo), 10 (principio del deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar), 11 (principio de favorabilidad), 12 (principio de debido proceso y garantías procesales), 13 (principio de seguridad jurídica), 14 (principio de la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas; "Artículo 15. Amnistía de iure. Se concede amnistía por los delitos políticos de 'rebelión', 'sedición', 'asonada', 'conspiración' y 'seducción', usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos".

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

A nivel interestatal, sirve para privar de legitimidad internacional todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería absurdo afirmar, por una parte, que, visto el valor de jus cogens de la prohibición de la tortura, los tratados o las reglas consuetudinarias que prevean la tortura son nulos ab initio y permitir, de otra parte, los Estados que, por ejemplo, adoptan medidas nacionales autorizando o tolerando la práctica de la tortura o amnistiando a los torturadores. Si esta situación se produjera, las medidas nacionales violan el principio general y toda disposición de un tratado pertinente tendría los efectos jurídicos analizados anteriormente y no serán reconocidos por la comunidad internacional. Las víctimas potenciales pueden, si tienen la capacidad jurídica, iniciar una acción ante una instancia judicial nacional o internacional competente a fin de obtener que la medida nacional sea declarada contraria al derecho internacional. Ellas pueden iniciar, aun, una acción por daños ante un tribunal extranjero en la que se pida, entre otras cosas, no tener en cuenta el valor jurídico de la ley nacional que autoriza la tortura. Más importante aún, los torturadores o los beneficiarios de las medidas nacionales pueden sin embargo ser declarados penalmente responsables de la tortura, ya sea en un estado extranjero o en su propio Estado en un régimen posterior. En resumen, los individuos están obligados a respetar el principio de la prohibición de la tortura, incluso si los órganos legislativos o judiciales autorizan la violación. Como lo ha señalado el Tribunal Militar Internacional de Núremberg: “las obligaciones internacionales que se imponen a los individuos priman sobre su deber de obediencia al Estado de su nacionalidad.

77. Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona, Cámara de Apelaciones, en la Decisión de 13 de marzo de 2004, *Prosecutor v. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara*, *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, retomó la posición antecitada y la reafirmó en los siguientes términos:

71. [...] No es difícil estar de acuerdo con el escrito presentado por Redress de que la amnistía concedida por Sierra Leona no puede cubrir los crímenes de derecho internacional que son objeto de la jurisdicción universal. En primer lugar, es lógico pensar que un Estado no puede barrer en el perdón y olvido este tipo de delitos que otros estados tienen jurisdicción para perseguir en virtud del hecho de que la obligación de proteger la dignidad humana es una norma imperativa y ha asumido la naturaleza de obligaciones *erga omnes*.

78. Y en el *Caso Margus vs. Croacia*, de 27 de mayo de 2014, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ratificó esa cuestión:

139. En el presente caso, al demandante se le concedió la amnistía por actos tales como asesinato de civiles y los daños corporales graves a un niño, los cuales se pueden considerar como violaciones graves de derechos humanos fundamentales. El Tribunal del Condado subrayó en su razonamiento los méritos militares del interesado. Existe la tendencia creciente en derecho internacional de considerar estas amnistías como inaceptables porque son incompatibles con

la obligación de los Estados reconocida universalmente de perseguir y condenar las graves violaciones de los derechos humanos. Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles bajo determinadas circunstancias, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al demandante en el presente caso seguiría sin ser aceptable ya que no hay nada que indique que tales circunstancias se hayan producido.

79. El estándar de la Corte Interamericana ha estado orientado a considerar la carencia de efectos de las leyes que imponen amnistía (sean estas autoamnistías o las que surgen después de negociaciones de paz) respecto de violaciones graves de los derechos humanos por cuanto conducen a la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad.

80. Fue en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, de 14 de marzo de 2001, que la Corte Interamericana dejó sentada, por primera vez, esta posición al afirmar:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[...]

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello por lo que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente<sup>182</sup>.

182 En esencia la ratio de este estándar está recogido en los fallos: *Caso Barrios Altos vs. Perú*, de 14 de marzo de 2001, párr. 41-44; *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 116-122; *caso La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párr. 81-98 y 165-189; *caso Anzualdo Castro y otros vs. Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 161-163; *caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, 24 de noviembre

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

81. iii) Debe garantizar el acceso a la justicia en toda su extensión a las víctimas de violaciones manifiestas a normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario<sup>183</sup>.

82. iv) Debe cumplirse la obligación internacional consagrada, entre otros, en los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las vulneraciones y violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario<sup>184</sup>.

83. La adopción de medidas de reparación integral para la construcción de la paz<sup>185-186</sup>. Este elemento del Sistema está orientado a adoptar las medidas que aseguren la

---

de 2010, párr. 70-180; caso Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párr. 195-246; caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 25 de noviembre de 2012, párr. 283-296; caso García Lucero y otras vs. Chile, 28 de agosto de 2013, párr. 150-154 y Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, 26 de noviembre de 2013, párr. 213-217.

183 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 60/147 A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006. “VIII. Acceso a la justicia. 12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben: a ) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario; b ) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas; c ) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia; d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario”.

184 Naciones Unidas, Relator Especial, Informe del Relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56 de 27 de agosto de 2014. “Recomendaciones. 118. Sobre la base de estas conclusiones, el Relator Especial: a) Insta a los Estados Miembros a cumplir su obligación de investigar y enjuiciar las transgresiones de los derechos humanos y del derecho humanitario que son constitutivas de crimen en virtud del derecho nacional o internacional. b) Insta a los Estados a que se abstengan de probar, y a las organizaciones intergubernamentales a que se abstengan de apoyar, amnistías en relación con crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. “[...] d) Insta a los Estados Miembros a que se abstengan de utilizar el principio de complementariedad como ‘licencia para el minimalismo’, que aumenta, en lugar de reducir, la impunidad”.

185 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. Medidas de reparación integral para la construcción de la paz: Se trata de medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; y la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, en el marco de la implementación de los demás acuerdos. Con este fin, se fortalecerán los mecanismos existentes, se adoptarán nuevas medidas, y se promoverá el compromiso de todos con la reparación del daño causado...”

186 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. El acuerdo aborda algunas de las posibles medidas de reparación integral que pueden ser adoptadas al final del conflicto, entre esas tenemos las siguientes: 5.1.3.1. Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva; 5.1.3.2. Acciones concretas de contribución a la reparación; 5.1.3.3. Reparación colectiva en el fin del conflicto; 5.1.3.3.1. Carácter reparador de los Planes de Desarrollo Rural con Enfoque Territorial (PDET); 5.1.3.3.2. Planes de reparación colectiva con enfoque territorial; 5.1.3.3.3. Planes nacionales de reparación colectiva; 5.1.3.4. Rehabilitación psico-social; 5.1.3.4.1. Medidas

reparación integral de las víctimas, dentro de lo cual se incluyen medidas concernientes a la indemnización, rehabilitación, satisfacción, la no repetición, la reparación colectiva de territorios, poblaciones y colectivos más afectados con el conflicto<sup>187</sup>. Los estándares convencionales que operan son los siguientes:

84. i) La reparación tiene como ingredientes sustanciales que debe ser adecuada, efectiva, rápida, promover la justicia, tener la vocación de restablecer o remediar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, manifestarse en programas de atención y asistencia a las víctimas, aplicando las diferentes modalidades de manera proporcional y sin excluir las determinadas por órganos jurisdiccionales<sup>188</sup>.

85. ii) Las garantías de no repetición<sup>189</sup>. Las cuales se comprenden como el resultado de la implementación coordinada de las anteriores medidas y mecanismos. La garantía de no repetición configura un instrumento idóneo y adecuado derivado del compromiso efectivo

---

de recuperación emocional a nivel individual; 5.1.3.4.2. Plan de rehabilitación psico-social para la convivencia y la no repetición; 5.1.3.5. Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior; 5.1.3.6. Medidas sobre restitución de tierras ; 5.1.3.7. Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas.

187 Para la valoración de este punto a la luz de los estándares internacionales, remitidos al acápite final de este documento en el cual se aborda la responsabilidad internacional del Estado.

188 Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución A/RES/60/147 de 21 de marzo de 2006. "IX. Reparación de los daños sufridos. 15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. 16. Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones. 17. Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños. 18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición". Se encuentra la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Artículo 24. "[...] 4. Los Estados partes velarán por que sus sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. 5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como: a) la restitución, b) la readaptación, c) la satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; d) las garantías de no repetición".

189 Colombia. Acuerdo sobre víctimas del conflicto. "[...] Las garantías de no repetición son el resultado, por una parte, de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos, así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final; y por la otra, de la implementación de medidas de no repetición que se acuerden en el marco del Punto 3 – Fin del Conflicto".

## LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS ACUERDOS DE PAZ

de evitar que los hechos lesivos a la paz y generadores de daños a las víctimas persistan en el actuar de los colombianos, tomando las medidas adecuadas, necesarias, indispensables y proporcionales para que situaciones similares no vuelvan a suceder. La garantía de no repetición goza en el acuerdo de líneas y directrices para su eficaz cumplimiento a partir de lo dispuesto en el numeral 5.1.4 de su texto, las cuales deben ser compaginadas con los presupuestos convencionales con el propósito de darles cabal aplicación<sup>190</sup>.

### g. la convencionalidad en los demás acuerdos

190 Colombia. “Acuerdo sobre víctimas del conflicto. 5.1.4. Garantías de no repetición.

Los diferentes mecanismos y medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordados por el Gobierno Nacional y las FARC-EP tienen como objetivo superior la contribución a la prevención y garantía de no repetición de las violaciones y del conflicto mismo, de diferentes maneras.

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición contribuye a garantizar la no repetición, en primer lugar, mediante el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos y ciudadanas que vieron sus derechos vulnerados. Las medidas de reparación y las medidas en materia de verdad y de justicia, en particular la atribución de responsabilidades y la imposición de sanciones por parte del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz, deben contribuir a ese propósito.

En segundo lugar, mediante el reconocimiento de lo ocurrido en el marco del conflicto y del esclarecimiento y rechazo de las graves violaciones a los derechos humanos y de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, incluyendo aquellas que han sido históricamente menos visibles como las cometidas contra las mujeres y los niños, las niñas y adolescentes, así como el rechazo a la violencia contra colectivos, movimientos sociales y sindicales, y partidos políticos, en especial los de oposición que fueron severamente victimizados, para que sea un propósito compartido de la sociedad que esto nunca se vuelva a repetir. <

El Gobierno Nacional tomará todas las medidas, incluyendo las pactadas en este acuerdo y cualquier otra que sea necesaria, para asegurar que ningún partido o movimiento político en Colombia vuelva a ser victimizado y que lo ocurrido con la Unión Patriótica no se repita jamás.

Al propósito de reconocer, esclarecer y alentar el rechazo de lo ocurrido, deben contribuir el informe y las recomendaciones de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; los resultados de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; los reconocimientos de responsabilidad; la verdad judicial y las decisiones que arroje la Jurisdicción Especial para la Paz; y también las medidas de reparación, incluyendo las medidas de reparación colectiva.

En tercer lugar, mediante la lucha contra la impunidad, a la que contribuye de manera especial la Jurisdicción Especial para la Paz y también las medidas de esclarecimiento de la verdad y de reparación. La rendición de cuentas por lo ocurrido, sobre la base de la implementación de estas medidas, debe contribuir a la prevención y disuasión de la comisión de nuevas violaciones, y es una garantía fundamental de la no repetición de las violaciones e infracciones y de la terminación definitiva de la violencia que por razón del conflicto ha sufrido el país. Para cumplir con este propósito se crearán también, por fuera de la Jurisdicción Especial para la Paz, mecanismos judiciales tales como una unidad de investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo, y sus redes de apoyo, referidas en el punto 3.4. de la Agenda del Acuerdo General.

Y en cuarto lugar, mediante la promoción de la convivencia sobre la base de los reconocimientos de responsabilidad que se hagan en el marco de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, de la Jurisdicción Especial para la Paz y de las medidas de reparación. En la medida en que esos reconocimientos lo son también de las normas y derechos infringidos y constituyen compromisos de no repetición, contribuyen al fortalecimiento de la confianza entre los ciudadanos y en las normas que garanticen la vigencia y el respeto de esos derechos. De esa manera se sientan las bases para la convivencia que a su vez es el fundamento de la reconciliación y la construcción de una paz estable y duradera.

Por otra parte, el objetivo superior del Sistema Integral, y de todo lo acordado en materia de víctimas, de contribuir a la no repetición, tiene como condición necesaria, el cumplimiento y la implementación de lo que se acuerde en el marco del punto 3 de la Agenda del Acuerdo General “Fin del Conflicto”, que debe garantizar la terminación definitiva del conflicto armado, así como la implementación de todo lo acordado en materia de derechos humanos, con especial énfasis en género y con una visión de desarrollo e implementación territorial. La no repetición del conflicto requiere también la implementación de todos los acuerdos aquí alcanzados, que a juicio del Gobierno contribuyen a revertir los efectos del conflicto y a cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio; y que a juicio de las FARC-EP contribuyen a solucionar las causas históricas del conflicto. En esa medida son garantía fundamental de la no repetición.

## VI. Conclusiones.

86.- La reparación de las víctimas en el conflicto armado interno no se limita a ser un elemento más de consideración del juez contencioso dentro del régimen de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, sino que es una poderosa herramienta con la que puede aportarse para la reconstrucción del tejido social, para la reconciliación de los ciudadanos, para allanar la verdad, la justicia y la reparación plena, y para construir los escenarios de eficacia de los derechos que convencional y constitucionalmente toda persona tiene garantizados, si lo que se quiere es responder a la cláusula de Estado Democrático y Social de Derecho como es mi convencimiento.

---

La garantía de los derechos, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de la población rural mediante la implementación de la Reforma Rural Integral que contribuya a su bienestar y buen vivir; el fortalecimiento del ejercicio de los derechos políticos, la promoción de una cultura democrática y de derechos humanos y garantías para la reconciliación, la convivencia, la tolerancia y la no estigmatización, y las garantías para la movilización y la protesta social, mediante la implementación de la Apertura Democrática para Construir la Paz; las medidas para proteger y garantizar los derechos de la población que habita en territorios afectados por los cultivos de uso ilícito y contribuir a superar las condiciones de pobreza, marginalidad y débil presencia institucional mediante la implementación de los programas y medidas acordadas para la Solución al Problema de las Drogas Ilícitas y la judicialización efectiva de las organizaciones y las redes criminales asociadas al narcotráfico de carácter nacional y regional; y las medidas acordadas en el Punto 5 “Víctimas” y en el Punto 3 “Fin del Conflicto”, responden ante todo a una lógica de no repetición del conflicto y de garantía de los derechos humanos de todos y todas. El Gobierno reitera su compromiso con la implementación de lo aquí acordado.

En conclusión, las garantías de no repetición serán resultado por una parte, de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos, así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final; y por la otra de la implementación de medidas adicionales de no repetición que se acuerden en el marco del punto 3–Fin del conflicto de la Agenda del Acuerdo General [...]” Acuerdo Final, 24 de noviembre de 2016, pp. 186 a 188. Colombia. Acuerdo Final de Paz de 24 de noviembre de 2016, en <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>.

# ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

DRA. MARÍA HELENA CARBONELL

## Resumen

El presente ensayo parte del estudio de la jurisprudencia de los principales órganos encargados de la protección de los derechos humanos a nivel internacional a fin de determinar los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia y debido proceso. Mediante un estudio comparativo, se detallan aquellos aportes de dichos órganos para dilucidar el alcance del derecho a un recurso rápido y sencillo ante los tribunales nacionales.

## Palabras claves

Derechos humanos; debido proceso; estándares internacionales; sistemas de protección de derechos.

## Introducción

Los sistemas de protección de derechos humanos, ya sean de carácter regional o universal, tienen su fundamento en la voluntad de los Estados. Son éstos quienes ratifican los principales instrumentos de derechos humanos y se comprometen a cumplir con las obligaciones que ahí se detallan. De manera general, los Estados deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en aquellos tratados de los que son Partes; descritos de manera más o menos detallada en su parte sustantiva. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y, sus protocolos adicionales han previsto la creación de órganos de carácter judicial y cuasi judicial para la supervisión del cumplimiento de las obligaciones en ellos contenidas. Cada uno de éstos cuenta con una serie de funciones y competencias que les permitirán, a la vez que supervisan el cumplimiento su tratado principal, el promover el respeto y la garantía de los derechos humanos en los Estados Partes.

Uno de los mecanismos para promover el respeto de los derechos humanos es el desarrollar el alcance de los mismos. De esta manera, los Estados sabrán cuáles son sus obligaciones concretas con respecto de tal o cual derecho. Los órganos mencionados han desarrollado el contenido de los derechos en sus sentencias en casos de violaciones a los derechos humanos por parte de un Estado Parte. Mediante la utilización de su función consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en menor

medida, sus contrapartes africana y europea han determinado el alcance de ciertos derechos en el marco de consultas específicas. Asimismo, mediante los informes temáticos y anuales, se desarrolla el contenido de los derechos humanos, esclareciendo, en consecuencia, las obligaciones de los Estados.

Esto no es diferente en el caso del acceso a la justicia. El derecho a un recurso para la determinación de derechos y obligaciones está reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel regional y universal. Si bien es cierto que el grado de detalle de este derecho es mayor que otros al establecerse parámetros concretos de ejercicio del derecho, la jurisprudencia y los aportes de los órganos internacionales de protección son esenciales. En el presente ensayo, se analizarán cuáles son los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia con enfoque en el debido proceso mediante un estudio comparativo entre a jurisprudencia de los diferentes órganos de protección de derechos humanos a nivel regional y universal. Las fuentes básicas de estudio son los aportes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; de la Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos; y, de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En un primer momento, se abordará la relación entre el acceso a la justicia y el debido proceso desde un acercamiento a la normativa, su alcance y la posibilidad de limitarlo. El resto del ensayo está dividido según un criterio temporal. En la etapa pre procesal, segundo capítulo, se analizarán los estándares internacionales aplicables al derecho a la defensa y el acceso a un intérprete. En la etapa de juicio, el trabajo tratará los estándares aplicables a la prohibición de discriminación; el plazo razonable para ser oído por un tribunal; las características que deben cumplir los órganos que administren justicia; la presunción de inocencia; y, finalmente, la publicidad del proceso como garantía del debido proceso.

## **1. Acceso a la justicia y debido proceso.**

### **a. Normativa internacional.**

Todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia para la determinación de sus derechos y obligaciones. Los principales instrumentos internacionales reconocen este derecho en términos similares. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”) recoge el derecho de toda persona a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el PIDCP”) establece, en su artículo 14, que “(t)oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” El artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “el Convenio Europeo”) reconoce este derecho en los mismos términos. El artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “la Carta Africana”) contiene una disposición en términos similares.

El Estado deberá respetar y garantizar este derecho a todas las personas que estén sometidas a su jurisdicción, sin discriminación alguna por alguno de las categorías sospechosas establecidas a nivel internacional, como el origen nacional, el sexo, el género o la situación migratoria, entre otros. Siguiendo la línea argumentativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuando se analiza una posible violación a los derechos humanos, no se debe tener en cuenta la nacionalidad de la presunta víctima ni su ubicación geográfica. Es preciso, entonces, analizar si es que el Estado cumplió con sus obligaciones en relación a una persona que estaba bajo su autoridad y control.(CIDH, 1999, p. 36; Comité de Derechos Humanos, 2004, p. 10) En caso de que éste no haya cumplido con sus obligaciones internacionales, será responsable por violaciones a los derechos humanos y tendrá el deber de repararlas.

El artículo 8 de la CADH, el artículo 14(2) del PIDCP, el artículo 7 de la Carta Africana y el 6(3) del Convenio Europeo establecen garantías básicas para las personas que participan en un proceso. A pesar de que algunas de ellas se enfocan solamente en procesos de carácter penal, la Corte IDH ha señalado que las garantías (reconocidas como) mínimas del debido proceso se aplican a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.(Corte IDH, 2001a, p. 70, 2001b, p. 103) Si bien el debido proceso y el derecho a un recurso son dos caras de una misma moneda son diferentes categorías. El primero hace referencia a las características que tendrán los órganos encargados de materializar ese recurso al que tiene derecho la persona. Por otro lado, la Corte IDH ha señalado que el debido proceso “que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”(Corte IDH, 1987, párr. 28) Así, las garantías del debido proceso son aquellos elementos o requisitos que tendrán que ser verificados por los órganos de administración de justicia para alcanzar los intereses de la justicia.

### **b. Alcance y limitaciones.**

El derecho al acceso a un recurso para la determinación de mis derechos y obligaciones incluye diferentes elementos. El acceso al tribunal es inherente a este derecho pero es solo uno de los aspectos relacionados con obtener justicia ante los tribunales y cortes nacionales.(Corte EDH, 2001, p. 28) Dicho acceso debe ser efectivo, recordando que los instrumentos internacionales reconocen derechos que no son meramente teóricos sino que deben ser prácticos y efectivos. En el caso *Airey*, la Corte Europea

se preguntó si es el acceso de la peticionaria a las cortes nacionales sería efectivo al no contar con ayuda letrada que le permitiera presentar su caso de manera adecuada y satisfactoria. Una vez analizadas las condiciones personales de la señora Airey y los hechos del caso, la Corte determinó que, en este caso, sería imposible que ella presentase eficazmente su caso ante las cortes nacionales, evidenciándose una violación al artículo 6 de la Convención Europea. (Corte EDH, 1979, p. 24) A pesar de que ella accedió al tribunal, este acceso no fue efectivo, haciendo ilusorio el derecho.

Así mismo, la eficacia del derecho se verificará solamente si es que las decisiones de los tribunales son cumplidas, caso contrario, el derecho no sería eficaz. La Corte Europea considera que la ejecución de la decisión es parte integral del procedimiento al cual se refiere el artículo 6 del Convenio Europeo. (Corte EDH, 1997, párr. 40; Corte IDH, 2009a, párr. 72) Sin embargo, el tiempo de implementación de las decisiones varía en función del criterio de razonabilidad. Si es que el tiempo entre el cumplimiento de la sentencia y la fecha en que esta fue dictada no es razonable, existirá una violación al mencionado artículo del Convenio Europeo así como al artículo 25 de la CADH. La Corte Europea, a fin de analizar la razonabilidad del tiempo transcurrido, considera varios factores como la complejidad de los procedimientos de ejecución a nivel nacional, el comportamiento del peticionario y de las autoridades, la naturaleza de lo adjudicado, entre otros. En el caso *Raylyan*, las medidas ordenadas por las cortes nacionales incluían algunas de fácil cumplimiento como el desbloqueo de la vía y la restauración de la energía eléctrica a la zona de producción. Adicionalmente a la consideración de éstas, la Corte Europea estudió la conducta del beneficiario de la sentencia y de las autoridades y determinó que la demora desde la sentencia (1999) hasta el cumplimiento de las medidas ordenadas (2006) era injustificado y, por lo tanto, no era razonable. En el caso *Moroko*, la Corte Europea consideró que un plazo de nueve meses para cumplir con las medidas ordenadas en la sentencia era razonable. (Corte EDH, 2008, párr. 43-5)

### **c. Límites al derecho al acceso a la justicia.**

El artículo 14 del PIDCP no se encuentra entre el listado de derechos que no podrán ser suspendidos en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, conforme lo señala el artículo 4(2) de ese mismo instrumento. El artículo 15 del Convenio Europeo tampoco lo incluye. De igual manera, el artículo 27(2) de la CADH relativo a la suspensión de garantías, no considera como inderogables al artículo 25 ni al 8. Sin embargo, la frase final del mismo artículo 27(2) nos da luces con respecto a la factibilidad de limitar este derecho al señalar que no se autorizan ninguna suspensión de las garantías judiciales necesarias para la protección de los derechos que no pueden objeto de suspensión. Esta línea está en concordancia con la posición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N.32, al establecer que

(e)s inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión.(Comité de Derechos Humanos, 2001, p. 15)

Sin embargo de lo antes dicho, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado claramente que el acceso a las cortes y tribunales si admite limitaciones y ha previsto un margen de apreciación relativamente amplio por parte de los Estados para determinar dichas limitaciones siempre y cuando no se anule la esencia del derecho.(Corte EDH, 1985, párr. 57) Al respecto del margen de apreciación, la Corte lo fundamenta en la cercanía de las autoridades con la realidad y las necesidades de una determinada sociedad, siendo éstas más apropiadas para identificar las necesidades de su población. Se permitirá, entonces, una limitación a este derecho si es que la misma persigue un fin legítimo, la medida adoptada es necesaria y es proporcional en función del fin que busca alcanzar.(Corte EDH, 1985, p. 57; Meléndez, 2008, pp. 211-214)

Adicionalmente, en algunos casos, el acceso a la justicia puede limitarse por reglas consuetudinarias del Derecho Internacional Público. A modo de ejemplo, la inmunidad estatal de jurisdicción así como de ejecución es un principio fundamental de Derecho Internacional Público que busca la adecuada ejecución de los actos oficiales por parte de los agentes estatales en territorio extranjero. En función de ésta, se sustrae a la persona (agente estatal) de la administración de justicia, dejando así algunos casos en la impunidad al impedir el acceso de un tercero a los tribunales para la determinación de sus derechos u obligaciones. A pesar de que existe una tendencia actual a limitar la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, no se ha consolidado aún como una costumbre internacional y sigue siendo exigible ante cortes y tribunales nacionales. La Corte Europea ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en varias ocasiones y determinó que esta limitación no constituirá una violación de las obligaciones contenidas en el artículo 6 del Convenio Europeo si es que no es desproporcionada(Corte EDH, 2011, párr. 49) y si busca un fin legítimo(Corte EDH, 2010, párr. 60-74): i.e. si es que cumple con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y búsqueda de un fin legítimo.

En los párrafos anteriores, se ha identificado la normativa internacional en materia de acceso a la justicia y se ha establecido el alcance y requisitos de limitación de manera general. En el apartado siguiente se presentan aquellos estándares internacionales enfocados al debido proceso en una etapa pre-procesal.

### **2. El debido proceso en la etapa pre-procesal.**

En los párrafos siguientes se presenta el análisis de los estándares internacionales relativos al acceso a la justicia y al debido proceso en las etapas pre procesales.

## a. El derecho a la defensa.

En los párrafos siguientes, se analizará el derecho a defensa como parte integrante del debido proceso. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva No. 11, señaló que el derecho a la defensa aplica para todo proceso, no sólo en materia penal. Y, adicionalmente, a pesar de que se lo analiza en el capítulo correspondiente a la etapa pre-procesal, éste acompaña a la persona a lo largo de todo el proceso hasta la última y definitiva etapa (Corte IDH, 1990, párr. 28), incluyendo las investigaciones policiales (CIDH, 2000, párr. 111-2; Corte EDH, 2005, párr. 131). Sin embargo, se ha puesto especial énfasis en la importancia de la defensa durante la detención preventiva en casos penales. (Comité de Derechos Humanos, 1980; Corte IDH, 2005, p. 124) "number": "U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/35/40 Como última consideración previa, el derecho a la defensa, en materia penal, implica que toda persona tiene derecho a escoger su propio abogado (-Comité de Derechos Humanos, 1981b; Corte ADHP, 1999, p. 64) o decidir defenderse por sí misma.

En este punto parece importante estudiar el alcance de la responsabilidad del Estado frente al derecho a la defensa de la persona parte en un proceso judicial o que está en una etapa pre procesal. En vista de las obligaciones comunes a todos los derechos humanos, los Estados deberán respetar y garantizar este derecho. Pero esto no significa que Estado será responsable de toda la actuación de la defensa cuando actúa en función de su criterio profesional. Sin embargo, si es que el Estado verifica que éste no está actuando de manera que evidentemente afecte lo intereses de su cliente, tiene el deber de intervenir. (Comité de Derechos Humanos, 1996, párr. 8) El Estado debe asegurarse que dicha defensa sea efectiva (Corte EDH, 2002b, párr. 60), que el abogado/a sea competente (Comité de Derechos Humanos, 1981b) y brinde un servicio de calidad. En el caso *Artico*, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que las cortes nacionales deberán verificar que la persona cuente con un/a defensor/a si es que, por ciertas circunstancias, su abogado/a no puede hacerlo. En el mencionado caso, la víctima solicitó el nombramiento de un abogado de oficio lo cual fue aceptado el 8 de agosto de 1972. Sin embargo, éste, Della Rocca, se excusó alegando compromisos previos en un inicio y, posteriormente, por razones de salud, el 8 de septiembre de 1972. A pesar de que esto fue comunicado por el abogado, así como por parte de Artico, la Corte de Casación no nombró a un remplazo, sino que siguió considerando a Della Rocca todavía como el abogado encargado del caso. La audiencia de juicio se llevó a cabo en noviembre de 1973 sin que Artico hubiese contado con la defensa adecuada y eficaz. La Corte Europea de Derechos Humanos falló en contra de Italia por no haber garantizado el derecho a la defensa del acusado al no actuar frente a su indefensión. (Corte EDH, 1980, párr. 8-12, 31-8)

Dividiremos el estudio del derecho a la defensa en dos momentos: el primero de ellos corresponde al acceso a la defensa en sí; y, el segundo, al tiempo y los medios para desarrollarla. En el primer momento, el Estado debe eliminar todos los obstáculos que impidan que la persona acceda a una defensa adecuada y eficaz. De esta manera,

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

lo primero que deberá hacer es comunicar que la persona tiene este y que lo puede ejercer ya sea por sí misma o a través de un/a abogado/a de su elección y que, en ciertos casos, podrá solicitar la designación de un defensor/a de oficio. El acceso a un defensor/a puede ser vulnerado en el aspecto más básico: el físico. Así, en el caso *Leopoldo Buffo Carballal*, la víctima estuvo detenida e incomunicada lo que ocasionó que el Comité de Derechos Humanos concluyera que, al estar físicamente impedido de acceder a su abogado para la preparación de su defensa, existiera una violación al artículo 14 del PIDCP. (Comité de Derechos Humanos, 1981a) En la jurisprudencia de la Corte Africana, se impone la responsabilidad al juez o tribunal que sustancia el caso de evaluar la gravedad del delito, la sentencia mínima que puede ser impuesta y las condiciones personales del acusado para determinar la necesidad de conceder una defensa gratuita. (Corte ADHP, 2015, párr. 124)

En cuanto el segundo tema, la persona tiene derecho a contar con los medios, condiciones y el tiempo adecuado para preparar su defensa. De esta manera, se cumple con el principio de igualdad de armas y el de contradicción respetando así el derecho a la igualdad ante la ley, tema que será tratado más tarde.

A fin de ejercer su derecho a la defensa en materia penal, es necesario que a la persona se le comuniquen los cargos de los que le acusa. Dicha comunicación puede ser verbal o escrita y debe contener los fundamentos de hecho y derecho que justifiquen esos cargos. Los instrumentos internacionales hacen referencia a la notificación, hacen mención a dos tipos. El primero hace referencia a la notificación de las causas que justifican la detención de una persona (artículos 9(2) del PIDCP y el 7(4) de la CADH) la misma que debe hacerse en el momento de la detención. La segunda hace referencia la notificación de las acusaciones que se formulan en contra de la persona; en cuyo caso los instrumentos internacionales requieren que se haga “sin demora” o en el “más breve plazo disponible” (artículo 14 del PIDCP, 6(3) del CEDH y 8 de la CADH). En el segundo caso, se requiere información más detallada que en el primero debido, entre otras razones, por la inmediatez requerida en el primer caso. Sin embargo, los tribunales internacionales han sido categóricos al afirmar que este requisito, ya sea en la detención o en la formulación formal de cargos, debe ser cumplido sin falta. La Corte IDH ha señalado que “(p)ara que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración.” (Corte IDH, 2005, p. 118)

Otro de los requisitos necesarios para el ejercicio efectivo el derecho a la defensa es que la persona y su abogado/a cuenten tiempo suficiente para preparar su defensa. Los tribunales internacionales lo recogen como un tiempo adecuado que deberá ser evaluado en un análisis caso por caso sin poder determinarse una regla general. Sin embargo, la jurisprudencia da algunas pautas para tenerse en cuenta. El Comité de Derechos Humanos ha establecido la violación al derecho a la defensa por falta de tiempo en la preparación de la defensa en varios casos. En el caso *Reid*, el peticionario fue detenido por el asesinato de su novia y fue llevado a Montego Bay donde se inició un proceso en su contra que culminó con una sentencia que le imponía la pena de muerte.

George Reid alegó que no contó con un defensa adecuada y que esto implicaba una violación al artículo 14 del PIDCP. El Comité dio la razón a la víctima en vista de que su abogado recién se reunió con él 10 minutos antes de la audiencia. En este caso, el juez que sustanciaba la causa debió haber sabido esto y tomar las medidas adecuadas para solucionar esta situación. (Comité de Derechos Humanos, 1994, párr. 13-4) En el *caso Little*, Jamaica fue declarado responsable por la violación al artículo 14 del PIDCP por no haber garantizado el derecho a la defensa de Aston Little. Se evidenció que la víctima no tuvo contacto con un abogado sino hasta una hora antes de que se instale el juicio. Asimismo, se le impidió reunirse con su abogado en la etapa de apelación. (Comité de Derechos Humanos, 1991, párr. 8) La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que existió una violación al artículo 6 cuando se otorgó dos semanas para preparar la defensa y analizar 17 000 páginas del proceso en contra de Öcalan. (Corte EDH, 2005, pp. 142, 148-149) En la jurisprudencia de la Corte IDH, en el *caso del Tribunal Constitucional*, se determinó que 48 horas, ampliadas luego a una semana, para la preparación de la defensa no constituye un plazo adecuado, verificándose una violación del artículo 8 de la CADH por parte del Estado peruano. (Corte IDH, 2001a, p. 83)

Otro requisito para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa es el relativo a la comunicación con el/la defensor/a. En este sentido, la CADH, en su artículo 8(2)(d), señala que la persona tiene derecho a “comunicarse libre y privadamente con su defensor”. A pesar de que en el Convenio Europeo no existe un requisito equivalente, la Corte lo ha incluido a través de su jurisprudencia. En el caso Öcalan, la Corte determinó que la presencia de guardias durante las reuniones que la víctima tenía con su abogado no le permitieron comunicarse libremente con éste. Sin embargo, reconoció que, por razones de seguridad, la presencia de guardias podía justificarse, pero estableció que deberán estar a tal distancia que la conversación entre el abogado y su cliente no pueda ser oída (Corte EDH, 1991, párr. 48, 2002a, párr. 46-53, 2005, párr. 132-3). Acompaña a este requisito, el de la confidencialidad de la correspondencia con el abogado, admitiendo, según la Corte Europea, limitaciones cuando sean necesarias, proporcionales y busquen un fin legítimo.

Adicionalmente, el derecho a la defensa incluye el acceso a todo el material del caso, a presentar e interrogar testigos y a presentar y refutar pruebas. La Corte Europea, en casos relacionados con terrorismo en Irlanda y con Al-Qaeda, ha señalado que el acceso a todo el material del caso puede ser limitado siempre y cuando se otorguen las debidas garantías para no eliminar la esencia del derecho a la defensa. En el caso *A y otros vs. Reino Unido*, los peticionarios fueron detenidos de manera preventiva por sospechas de pertenecer a una organización terrorista, en función de la normativa aprobada en el Reino Unido y una derogación hecha a los artículos 5 (libertad y seguridad) y 15 (suspensión de los derechos) del Convenio Europeo después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Dicha derogación fue declarada inconstitucional por parte de la Cámara de los Lores por ser discriminatoria al permitir que se pudiera detener preventivamente a extranjeros/as bajo sospecha de lazos con organizaciones terroristas; caso no previsto para nacionales. En dicho fallo, la Corte

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Europea de Derechos Humanos determinó, citando su jurisprudencia anterior, que, por razones de interés público, es posible limitar el acceso de la persona acusada y su abogado a ciertos elementos del proceso. Esto siempre y cuando haya contrapesos que permitan la protección del derecho a la defensa, i.e., en este caso, la revisión por parte del juez de los elementos y la determinación de si el prohibir su acceso afectaba de manera desproporcionada a acusado o no. En *A y otros*, la Corte determinó que se debería evaluar si es que el beneficio para el interés público es mayor que los beneficios que la defensa podría obtener de su análisis. (Corte EDH, 2009, párr. 206-11)

### **b. Derecho a un intérprete.**

Cabe recordarse que el Estado debe respetar y garantizar los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin distinción alguna por su origen nacional, su lengua materna, entre otras. Puede darse el caso de que una persona extranjera se vea involucrada en un proceso pero que no hable/lea el idioma oficial o que lo haga de manera limitada. En este caso, el Estado deberá proveer un intérprete a fin de garantizar el debido proceso. Esta garantía básica debe estar presente a lo largo de todas las etapas pre procesales hasta concluir el proceso, incluso durante las investigaciones policiales realizadas.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 32, estableció que este derecho no sólo ampara a las personas de otro origen nacional sino también a los nacionales del Estado cuando su conocimiento del idioma en el que se desarrolla el proceso no sea lo suficientemente bueno. (Comité de Derechos Humanos, 2007, p. 40) Según la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el debido proceso incluye el derecho de la persona a ser juzgada en un idioma que entienda, caso contrario, se afectaría su derecho a la defensa ya que no entendería los cargos en su contra ni los argumentos legales para fundamentarlos. En el *caso Mgwanga Gunme y otros*, la Comisión Africana reconoció que, a pesar de que en Camerún el inglés y el francés eran idiomas oficiales de trabajo de los tribunales, no todas las personas manejaban los dos de tal manera que les permitiera entender los complejos argumentos legales presentados en su contra. De tal manera que Camerún violó el artículo 7 de la Carta Africana al no proveer un intérprete a las personas acusadas que lo requerían. (Comisión ADHP, 2009, párr. 129-30)

El alcance de esta obligación ha sido definido por parte de la Corte Europea e Interamericana. Según estos dos órganos, la obligación de proveer un intérprete se aplica a todas las etapas orales pero también a las escritas. En palabras de la Corte IDH, en su Opinión Consultiva No. 16, este derechos es de tal importancia que

por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento (...) [es un medio] para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. (Corte IDH, 2003, párr. 120)

Sin embargo, el Estado no está obligado a dar una traducción de todos los cuerpos del expediente. (Corte EDH, 1989, párr. 74) Una vez que el Estado ha nombrado a un intérprete cuando así lo requiera la persona, deberá verificar que su trabajo sea de tal calidad que permita velar por los intereses de la justicia.

### 3. El debido proceso en la sustanciación del juicio.

En este apartado, se presentarán los estándares internacionales en materia del acceso a la justicia y el debido proceso en la etapa de sustanciación de juicio.

#### a. Prohibición de discriminación por parte de los tribunales

Este es uno de los principios fundamentales que deben guiar la conducción del proceso judicial. Cabe señalarse que los instrumentos internacionales tienen un doble acercamiento a la prohibición de discriminación. En un primer momento, se la añade a las obligaciones comunes a todos los derechos humanos: respecto y garantía. A modo de ejemplo, el artículo 1(1) de la CADH establece que

(l)os Estados Partes (...) se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (énfasis añadido)

Por otro lado, un segundo momento corresponde al texto del artículo 24 de la CADH que encuentra disposiciones similares en los otros instrumentos de derechos humanos. Así, dicha norma señala que “(t)odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” El artículo 14(1) del PIDCP establece que “(t)odas las personas son iguales ante las cortes de justicia”. De esta manera, nadie puede ser discriminado por motivo alguno al acudir ante los tribunales para la determinación de sus derechos y obligaciones; así, debe tratarse en igualdad de condiciones a la defensa y al acusado; y, debe ser tratado igual que otras personas en la misma situación. (Huertas Díaz, Trujillo, Lozano, & Sanabria, 2007, pp. 115-116)

Cabe resaltarse que esta prohibición es esencial en relación con el derecho a la defensa y al principio de contradicción e igualdad de armas. La Corte Europea establece que uno de los elementos de un juicio justo es el principio de contradicción y la igualdad de armas y que éste abarca el derecho de las partes en un proceso a conocer y comentar, en igualdad de condiciones, toda la evidencia y las observaciones presentadas, incluso por parte de un tercero independiente que busque influenciar la decisión del tribunal. (Corte EDH, 1998b, párr. 43) Se deberá verificar el principio de contradicción incluso si la persona decidió no tener una defensa profesional sino que prefirió defenderse ella

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

misma. Sin embargo, el principio de igualdad de armas, en su relación con el derecho a la defensa, puede ser limitado en caso de absoluta necesidad (Corte EDH, 2009, párr. 205): como es la seguridad nacional, la necesidad de mantener en secreto algunos métodos de investigación, la protección de los derechos fundamentales de otra persona. Como se vio anteriormente, no habrá violación al debido proceso si es que la actuación de las autoridades pone en una relación de equilibrio las limitaciones y los otros elementos en juego.

En el sentido procesal, podemos traducir al principio de igualdad de armas, en palabras del Comité de Derechos Humanos, como un derecho autónomo, que

(p)rohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 6)

A pesar de que ninguno de los instrumentos internacionales mencionados en este trabajo trae una definición de discriminación, acogeremos la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuando señala que se entenderá como discriminación a

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Cabe precisarse que la igualdad no significa necesariamente tratar a todas las personas de igual manera, sino que es necesario el reconocimiento de circunstancias y condiciones personales que requieren un trato diferenciado. La misma Corte IDH (Corte IDH, 1984, párr. 54), en su Opinión Consultiva No. 16 ha señalado que, "(p)ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación." El objetivo, entonces, es el eliminar obstáculos y barreras a fin de alcanzar una justa administración de justicia. Siguiendo la misma línea, "(s)i no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas." (Corte IDH, 1999, párr. 119)

## **b. Plazo razonable para ser oído.**

El artículo 6 del Convenio Europeo establece que toda persona tiene el derecho de ser oída por un tribunal en un tiempo razonable. Un requerimiento similar está contenido en el artículo 7(1)(d) de la Carta Africana y en el artículo 8(1) de la CADH, éste último lo reconoce como una garantía del debido proceso. Las demoras injustificadas merman la credibilidad del aparataje de administración de justicia, a parte de violar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

El criterio de razonabilidad en relación el tiempo en que una persona deberá ser oída por un tribunal incluye la duración de la etapa pre procesal e incluso la apelación. A fin de evaluar la razonabilidad del plazo, se tendrá en cuenta la complejidad del caso; la actividad procesal del interesado y de las autoridades; y, lo que estaba en juego para el peticionario/a o el efecto que una determinada decisión podría tener sobre él/ella. (Corte EDH, 1983, p. 24; Corte IDH, 1997, p. 72, 2009b, p. 112) La complejidad del caso incluye el tener en cuenta la naturaleza del delito, número de testigos, de personas imputadas. Así, el tribunal deberá considerar los hechos y el derecho (el delito del cual se le imputa, por ejemplo) a fin de evaluar el grado de complejidad del asunto sometido a conocimiento de las autoridades judiciales a fin de determinar si, por la complejidad del mismo, la demora en su resolución fue razonable.

En cuanto a la conducta de las autoridades como factor determinante para la evaluación de la razonabilidad del plazo, éste se desprende de la concepción del Estado como unidad frente a la comunidad internacional. Al haber ratificado los diferentes instrumentos de derechos humanos, todo el aparataje estatal tiene la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas, esto incluye al Poder Judicial. De esta manera, el Estado será responsable por la conducta de los y las operadoras de justicia si es que incumplen con su obligación de administrar justicia en un plazo razonable. Esto no es de carácter absoluto sino que el Estado deberá demostrar la razonabilidad del plazo en el cual administró justicia. Sin embargo, cabe señalarse que la acumulación de la carga de trabajo no es justificación para obviar el cumplimiento de esta obligación.

Por otro lado, la conducta del imputado/a es esencial para la valoración de si existe o no una demora injustificada en la administración de justicia. Si es que se desprende de las pruebas que la persona acusada, mediante su conducta, impidió el tranquilo desarrollo del proceso, el Estado no será responsable por la demora. El último criterio, lo que está en juego para la persona imputada, considera el impacto o la irreversibilidad de la decisión que podría ser adoptada. En palabras de la Corte IDH,

para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. Se da prioridad a casos relacionados con personas pertenecientes a grupos vulnerables o de atención prioritaria como lo mencionada la Constitución. No es posible dar reglas generales sino que se deberá analizar caso por caso. (Corte IDH, 2009b, p. 115)

A modo de ejemplo, en materia penal la Corte IDH ha señalado que un proceso que duró más de 50 meses es excesivo frente al criterio de razonabilidad del plazo. De igual manera, será excesivo si es que la prisión para investigación excede el tiempo de la condena si es que la persona hubiese sido declarado culpable. (Corte IDH, 1997, sec. 73-4) En esta materia, el tiempo razonable deberá contarse desde que las autoridades competentes presentaron cargos en contra de la persona acusada. En lo que respecta a asuntos civiles, la Corte Europea ha señalado que dicho tiempo se cuenta desde que se haya entablado la acción. (Corte EDH, 1987, párr. 61-2) En la jurisprudencia de ambos tribunales, el tiempo se computa hasta que la última decisión sea ejecutoriada y que la misma sea ejecutada.

### **c. Órganos encargados de verificar el cumplimiento del debido proceso en el marco de la sustanciación de un proceso judicial.**

En este apartado partiremos del derecho a ser oído por un tribunal independiente, imparcial y competente; y de la obligación correlativa del Estado: respetar y garantizar este derecho. El artículo 26 de la Carta Africana establece claramente que “(l)os Estados firmantes (...) tendrán el deber de garantizar la independencia de los tribunales de justicia”. El Principio 6 de los Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985) establece que “(e)l principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.” Es este tribunal competente, independiente e imparcial quien vigilará el respeto de las garantías del debido proceso.

El primer requisito al que se hace mención es que el tribunal sea competente y que haya sido establecido, por ley, con anterioridad a que se lleve a cabo el juicio. Es esencial partir de la determinación de si la entidad encargada del proceso es, efectivamente, un tribunal bajo los términos de los instrumentos internacionales. Para ser considerado como tal, debe tener una función judicial lo que, para la Corte Europea significa que debe contar con la capacidad de resolver asuntos sometidos a su conocimiento, dentro de su competencia, con base en el ordenamiento jurídico nacional y en respeto de un procedimiento pre establecido. (Corte EDH, 1988, párr. 64) Adicionalmente, dicho órgano debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 25 de la CADH y en el artículo 6 de la Convención Europea: el respeto al debido proceso. El respeto del principio de legalidad que enmarca la creación y la actuación de dicho órganos es esencial. Un tribunal deberá, entonces, no sólo ser creado por ley sino que deberá

también cumplir funciones que han sido fijadas claramente en su norma de creación, sin perjuicio de que puedan ser desarrolladas posteriormente, con más detalle, en la normativa subsidiaria. Si es que un tribunal sobrepasa sus funciones tradicionales, se considerará que no ha sido establecido por ley, bajo la luz de los instrumentos internacionales mencionados.

Adicionalmente, este tribunal o juez debe ser independiente e imparcial. En lo que respecta a la independencia, la separación de poderes, elemento esencial del Estado de Derecho y del Estado constitucional de derechos y justicia, garantiza la independencia del Poder Judicial. La independencia incluye la forma de nombramiento y remoción de los jueces/as y tribunales. (Corte EDH, 1998a, párr. 65) La Corte IDH, citando a su contraparte europea, señala que ésta supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas. (Corte IDH, 2001a, p. 75)

Por otro lado, en cuanto a la imparcialidad, la CIDH ha señalado que

(l) a imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado. Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. (CIDH, 1996a, 2000, párr. 138)

La imparcialidad puede ser evaluada a nivel subjetivo (Corte EDH, 1998a, p. 71) como objetivo. En lo que respecta al primero, se hace referencia a la convicción de un/a juzgador/a en un caso en particular (Carbonell, 2014, p. 80); y, en lo que respecta a lo segundo, se evalúa si se ofrecen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad. (Corte EDH, 1994, párr. 33) A pesar de que la percepción de la persona encausada con respecto a la falta de imparcialidad del tribunal o sus miembros es importante, no es definitiva; lo importante es que se pueda justificar de manera objetiva. (Corte EDH, 2000, párr. 121) La Corte Europea ha señalado que una “sospecha razonable” (CIDH, 1996b, párr. 159-72) ya es suficiente para desacreditar a un jurado o a un juez o miembro de tribunal.

LA CIDH analiza algunos ejemplos en los cuales se vulnera la imparcialidad de los tribunales cuando desde los/as operadores/as de justicia hacen comentarios en la prensa sobre la supuesta culpabilidad de la persona encausada. En el *caso Figueredo Planchart*, la CIDH admite que las filtraciones y declaraciones hechas a medios de comunicación hacen que la opinión pública se haga una visión de la culpabilidad de la persona encausada. Además, considera este organismo, vulnera el principio de imparcialidad del tribunal. (CIDH, 2000, párr. 139; Comisión ADHP, 2000, párr. 47)

#### **d. Presunción de inocencia.**

Los principales ordenamientos jurídicos nacionales proclaman la presunción de inocencia como un principio fundamental en un Estado de Derecho. La Corte IDH, resalta su importancia al reconocer que el “principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales.”(Corte IDH, 2005, p. 111) En este mismo sentido, la CIDH señala que

de todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana.(CIDH, 2000, p. 119)

Para Cassese, la presunción de inocencia incluye tres elementos centrales: i) la persona debe ser tratada como inocente hasta que se pruebe lo contrario; ii) la carga de la prueba es de quien alega su culpabilidad; y, iii) el juez/a o tribunal deberá estar convencido de su culpabilidad más allá de toda duda razonable para poder dictar una sentencia condenatoria.(Cassese, 2008, pp. 380-381) Esas tres dimensiones han sido desarrolladas por los órganos internacionales de protección de derechos humanos al igual que los tribunales internacionales que juzgan los crímenes internacionales. En lo que respecta al primer punto, el trato de la persona incluye la etapa pre procesal de investigación la cual, en algunos países, está a cargo de la policía. Adicionalmente, en aquellos Estados que la contemplan para ciertos delitos, la prisión preventiva debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la presunción de inocencia como principio rector. En lo que se refiere al segundo y tercer puntos mencionado por Cassese, vale la pena recurrir a un ejemplo para clarificarlos. En el *caso Acosta Calderón*, la persona estuvo detenida desde 1989 hasta 1994 por supuesta tenencia de estupefacientes. La Corte IDH determinó se “trató de inculpar al señor Acosta Calderón sin indicios suficientes para ello, presumiéndose que era culpable e infringiendo el principio de presunción de inocencia” (Corte IDH, 2005, p. 76), verificándose una violación al artículo 8(1) de la CADH, al requerir que la presunción de inocencia sea probada desde el acusado y la sentencia emitida sin que se haya probado la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Finalmente es importante mencionar que la presunción de inocencia se vulnera si es que la persona no puede ejercer su derecho a la defensa de manera adecuada (como lo vimos en apartados anteriores).(CIDH, 2000, pp. 121-122)

#### **e. Publicidad del proceso.**

El PIDCP, la CADH y el Convenio Europeo establecen que el proceso será público, reconociéndolo, por un lado, como un derecho de la persona pero también como mecanismo para el escrutinio público del actuar del Poder Judicial. Cabe señalarse que existe una diferencia entre los principales instrumentos de derechos humanos. Mientras

que la CADH reconoce una posibilidad de limitación de manera general, el PIDCP enumera circunstancias específicas en las cuales se puede limitar la publicidad de un proceso. El Convenio Europeo contiene una disposición similar. El artículo 14 del PIDCP señala que

(l) la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

El mismo artículo del PIDCP señala, adicionalmente, que “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.” Esta especificación no consta en la CADH ni en su equivalente europeo.

El objetivo de detallar los casos concretos en los que se admiten limitaciones a este derecho busca eliminar lo más posible la posibilidad de que se cometan arbitrariedades por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, como se desprende de este artículo, las causales para impedir la publicidad de un juicio, siguen siendo bastante generales, en algunos casos. La moral y el orden público siguen siendo criterios que dejan lugar a subjetividades del juez o los/las miembros del tribunal.

## Conclusión

El derecho a un recurso rápido ante un juez/a o tribunal competente, independiente e imparcial está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos a nivel regional y universal. Este recurso, no sólo en materia penal, debe ser sustanciado en concordancia con las reglas del debido proceso que, en alguna medida, se encuentran contempladas en los dichos instrumentos. En vista de la generalidad del reconocimiento, los órganos encargados de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han descrito el alcance y contenido de los derechos relacionados con el acceso a la justicia.

En este ensayo se analizaron los estándares internacionales que dichos órganos han desarrollado en ejercicio de sus diferentes funciones. El objetivo de este trabajo es poder identificar las obligaciones concretas que los Estados tienen y en qué escenarios estarán infringiéndolas, teniendo en mente que, a fin de determinar si es que ha existido o no una violación a nivel internacional del derecho de acceso a la justicia que genere

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

la responsabilidad internacional del Estado, es preciso preguntarnos su alcance y, para este efecto, se deberá tener en cuenta los estándares internacionales desarrollados por los sistemas internacionales de protección de los derechos.

### BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura, en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985., (1985).
- Carbonell, M. H. (2014). Estándares internacionales para la administración de justicia. Análisis del caso conocido como Fybeca. Cálamo, (II), 75-91.
- Cassese, A. (2008). International Criminal Law (2da.). Nueva York: OUP.
- CIDH. Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú. Caso 10.970, Informe No. 5/96., (1 de marzo de 1996).
- CIDH. Caso William Andrews Vs. Estados Unidos. Informe No. 57/96. Caso 11.139., (6 de diciembre de 1996).
- CIDH. Caso Coard y otros Vs. Estados Unidos. Caso 10.951, Informe N. 109/99., (29 de septiembre de 1999).
- CIDH. Caso Reinaldo Figueredo Planchart vs. República Bolivariana de Venezuela. Informe No. 50/00, Caso 11.298., (13 de abril de 2000).
- Comisión ADHP. Media Rights Agenda vs. Nigeria., Com. No. 224/98 (2000).
- Comisión ADHP. Kevin Mgwanga Gunme y otros vs. Camerún. Fondo., (27 de mayo de 2009).
- Comité de Derechos Humanos. Miguel Ángel Millán Sequeira vs. Uruguay. Comunicación No. R. 1/6., U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/35/40) at 127 (29 de julio de 1980).
- Comité de Derechos Humanos. Leopoldo Buffo Carballal vs. Uruguay. Comunicación No. 33/1978., U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 63 (27 de marzo de 1981).
- Comité de Derechos Humanos. Sergio Euben López Burgos vs. Uruguay, Comunicación No. R.12/52., U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176(1981) (29 de julio de 1981).
- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, No discriminación., U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).
- Comité de Derechos Humanos. Little vs Jamaica. Comunicación No. 283/1988., U.N.Doc. CCPR/C/43/D/283/1988 (1 de noviembre de 1991).
- Comité de Derechos Humanos. Reid vs. Jamaica, Comunicación No. 355/1989., U.N. Doc. CCPR/C/51/D/355/1989 (14 de julio de 1994).

**DRA. MARÍA HELENA CARBONELL**

Comité de Derechos Humanos. *Crafton Tomlin vs. Jamaica*. Comunicación No. 589/1994., U.N. Doc. CCPR/C/57/D/589/1994 (16 de julio de 1996).

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción., U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 (2001).

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta., U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia., U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (23 de agosto de 2007).

Corte ADHP. *Caso Amnistía Internacional y otros vs. Sudán.*, Com. No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999).

Corte ADHP. *Caso Alex Thomas vs. República de Tanzania.*, Aplicación No. 005/2013 (20 de noviembre de 2015).

Corte EDH. *Caso Airey vs. Irlanda*, Fondo., Series A, No. 32 (9 de octubre de 1979).

Corte EDH. *Caso Artico vs. Italia*. Fondo., (13 de mayo de 1980).

Corte EDH. *Caso Zimmermann y Steiner Vs. Suiza*. Fondo., (13 de julio de 1983).

Corte EDH. *Caso Ashingdane vs. Reino Unido*. Fondo., (28 de mayo de 1985).

Corte EDH. *Caso Erkner y Hofauer Vs. Austria*. Fondo., (23 de abril de 1987).

Corte EDH. *Caso Belilos Vs. Suiza*. Fondo., Series A, No. 132 (29 de abril de 1988).

Corte EDH. *Caso Kamasinski Vs. Austria*. Fondo., (19 de diciembre de 1989).

Corte EDH. *Caso S. vs Suiza*. Fondo., (28 de noviembre de 1991).

Corte EDH. *Caso Saraiva de Carvalho Vs. Portugal*. Fondo., Series A, No. 286-B (22 de abril de 1994).

Corte EDH. *Caso Hornsby Vs. Grecia*. Fondo., (19 de marzo de 1997).

Corte EDH. *Caso Incal Vs. Turquía*. Fondo., (9 de junio de 1998).

Corte EDH. *Caso J.J. Vs. Países Bajos*. Fondo., (27 de marzo de 1998).

Corte EDH. *Caso Coeme et al Vs. Bélgica.*, Aplicación No. 32492/96 (22 de junio de 2000).

Corte EDH. *Caso Tsironis Vs. Grecia*. Fondo., (6 de diciembre de 2001).

Corte EDH. *Caso Lanz Vs Austria*. Fondo., (31 de enero de 2002).

Corte EDH. *Caso Magalhaes Pereira Vs. Portugal*. Fondo., (26 de febrero de 2002).

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

- Corte EDH. Caso Öcalan Vs. Turquía., (12 de mayo de 2005).
- Corte EDH. Caso Moroko Vs. Rusia. Fondo y reparaciones., (12 de junio de 2008).
- Corte EDH. Caso A y otros vs. Reino Unido. Fondo y reparaciones., (19 de febrero de 2009).
- Corte EDH. Caso Cudak vs. Lituania. Fondo y reparaciones., (23 de marzo de 2010).
- Corte EDH. Caso Sabeh El Leil Vs. Francia. Fondo y reparaciones., (29 de junio de 2011).
- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84., (19 de enero de 1984).
- Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87., (6 de octubre de 1987).
- Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90., (10 de agosto de 1990).
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo., (12 de noviembre de 1997).
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99., (1 de octubre de 1999).
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas., (31 de enero de 2001).
- Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas., (6 de febrero de 2001).
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03., (17 de septiembre de 2003).
- Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas., (24 de junio de 2005).
- Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 198 (1 de julio de 2009).
- Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 196 (3 de abril de 2009).
- Huertas Díaz, O., Trujillo, F., Lozano, L., & Sanabria, J. (2007). El derecho al debido proceso y a las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Meléndez, F. (2008). El debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En E. Ferrer Mac-Gregor & A. Zaldívar (Eds.), La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho: Vol. IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México: UNAM.



# REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

DRA. MIRIAN M. IVANEGA

## Resumen

Este estudio trata sobre la estabilidad de las situaciones de los administrados; de la confianza en las instituciones como pilar de la democracia, y de la necesaria certeza que debe brindar el Estado a sus ciudadanos a través de la clásica figura denominada *seguridad jurídica*; la cual, claro está, no implica rigidez absoluta o inamovilidad del sistema jurídico, pues semejante situación es incompatible con la noción misma de Estado de Derecho, como se destaca oportunamente en este trabajo.

## Palabras claves

Confianza legítima, seguridad jurídica, sistema jurídico, derechos adquiridos, Estado de Derecho, democracia.

## I. La confianza en las instituciones<sup>191</sup>.

Confiar es, según la Real Academia Española (23 edición) en su primera acepción, “1. f. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo”.

Justamente esa esperanza conlleva expectativas y certidumbres que permiten a una persona prever la estabilidad de situaciones o comportamientos.

En el debate acerca de su naturaleza, encontramos quienes postulan que se trata de una actitud, un comportamiento, una idea, una noción o un concepto, o los que defiende su noción como sentimiento, emoción, recurso, estrategia, hasta asignarle el rol de un comportamiento, una reacción o una función facilitadora de las relaciones<sup>192</sup>.

Sin entrar a analizar las múltiples definiciones que, particularmente desde la sociología, se elaboraron entorno al concepto de confianza, es factible considerar que en el plano social referirse a esa noción presupone una situación de estabilidad democrática.

Sin embargo, también se ha sostenido que no necesariamente la confianza tiene que ser un rasgo estable e inmutable, dado que puede ser “una respuesta a una interacción

---

191 Basado en el trabajo presentado en el Seminario Taller Internacional acerca de Dimensiones de la confianza institucional, en Nueva York, setiembre de 2018.

192 López Noreña, G.: “La confianza, elemento dinamizador del éxito organizacional y empresarial: una lectura desde el paradigma ecológico” en Contribuciones a la Economía, marzo 2010, en <http://www.eumed.net/ce/2010a/>

entre individuos e instituciones que se fortalece o se debilita según sus condiciones políticas y sus resultados socioeconómicos”<sup>193</sup>

La realidad muestra que, desde la inestabilidad económica hasta los altos niveles de corrupción, pasando por la inseguridad física, afectan en forma directa a la confianza del ciudadano en las instituciones y en las personas.

El factor económico es consustancial a la confianza en las instituciones. En las economías donde la confianza es alta, los individuos suelen afrontar menores gastos para protegerse cada vez que realizan una transacción; por ello hay menos litigios y los contratos no necesitan contemplar cada contingencia, como tampoco generan gastos especiales para cubrirse de actos ilegales que violen sus derechos.

La baja confianza desincentiva la innovación, ya que se requiere tiempo y esfuerzo para vigilar a los socios, el personal o los proveedores. A su vez, en un entorno de confianza los mercados informales de crédito, suelen facilitar la inversión cuando los individuos carecen de activos de garantía o no existe un sistema financiero desarrollado<sup>194</sup>.

Por eso, es necesario que los ciudadanos consideren que el Estado mismo es “confiable”.

Desde una óptica latinoamericana, se sostiene que la gente confía en el gobierno si simpatiza con el partido en el poder y desconfía, en caso contrario. Por ello, es improbable que esto se traduzca en confianza en “la mayoría de las personas”.<sup>195</sup>

Además de la incidencia económica, coincidimos en que una administración pública, una justicia y una policía, honestas, eficaces e imparciales, ofrecen un contexto en el que las personas pueden conducirse de un modo confiable en sus relaciones mutuas y con las instituciones. Por el contrario, una policía deshonesto, una justicia ineficiente y una administración corrupta, generan incentivos para que la sociedad actúe en forma oportunista, y engañosa respecto del sistema<sup>196</sup>.

A su vez, en la búsqueda de los vínculos entre la confianza interpersonal y la confianza en el gobierno, a partir de algunos indicadores de estudios comparativos internacionales, se consideró que si bien la primera no es inmutable, pues exhibe una gran estabilidad, la confianza en el gobierno se modifica con nuestra percepción del desempeño de las autoridades de turno, o las expectativas creadas por una elección.

---

193 Moreno Alejandro Introducción en Moreno Alejandro (Coordinador), *La confianza en las instituciones- México en perspectiva comparada; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, diciembre de 2010, p. 14

194 Jorge Eduardo José, *Cultura Política y Democracia en Argentina, EDULP, La Plata, 2010, p. 273/281.*

195 Fuentes Panamá García, *Confianza en el Ejecutivo a los ojos del conflicto electoral 2006 y sus diferencias con la aprobación presidencial en Confianza Institucional*, en Moreno Alejandro (Coordinador), *La confianza en las instituciones- México en perspectiva comparada; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, diciembre de 2010, p. 175/199.

196 Jorge José Eduardo, *Cultura Política y Democracia en Argentina, EDULP, La Plata, p.273/281.*

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

Sin embargo, en toda la región latinoamericana la confianza en las instituciones ha sido tan baja como la depositada en los demás. Existe, por ende, una influencia recíproca: la confianza interpersonal facilitaría el desarrollo de buenas instituciones y éstas, a su vez, contribuirían a fortalecer y expandir la confianza. “Si un individuo cree –y supone que los demás creen lo mismo– que el Estado es capaz, de manera justa e imparcial, de garantizar la vigencia de los derechos y de hacer cumplir la ley y los contratos, entonces confiará en ‘la mayoría de las personas’”<sup>197</sup>.

En la República Argentina, un relevante trabajo de investigación<sup>198</sup> acerca de la evolución de la confianza en las instituciones de gobierno (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) durante el período abarcado entre los años 2010 y 2017, tuvo por objeto determinar la confianza del ciudadano en relación con el buen desempeño que se percibe de dichas instituciones, en la medida en que sean capaces de satisfacer las demandas de la población.

Los datos obtenidos reflejan un nivel muy bajo de confianza en los tres poderes a lo largo de ese período, lo que evidencia una brecha entre el ejercicio del gobierno y la confianza de la ciudadanía en ese ejercicio, con prescindencia de sus simpatías partidarias. De esta forma, el funcionamiento de las instituciones de gobierno no parece satisfacer las demandas y expectativas sociales, dando lugar a un amplio contexto de desconfianza ciudadana.

Por ejemplo, se produjeron hallazgos respecto al consenso generalizado de los beneficios de la democracia<sup>199</sup>, como forma de gobierno, instancia de participación cívica e inclusión de minorías, aprobación que, sin embargo, no se ve reflejada en una relación de confianza hacia los actores e instituciones que le dan forma. De esto dan cuenta, por ejemplo, la baja reputación de los empleados públicos y de los jueces entre la opinión pública<sup>200</sup>.

Otra dicotomía entre expectativas y realidad está presente en la calidad de la representación política: menos de 2 de cada 10 personas, creen que los diputados y senadores representan los intereses de sus votantes (16,0%).

En cuanto a si es prioritario dar empleo y bienestar, aunque ello afecte al medioambiente, sólo un 35,9% respondió afirmativamente, aunque al igual que con otros parámetros, son los indigentes, con un 52,5%, quienes creen que es más importante dar empleo y bienestar y son los no pobres, con un 32,9%, quienes priorizan el efecto negativo en el medioambiente.

197 Jorge José Eduardo, *Cultura Política y Democracia en Argentina*, EDULP, La Plata, p.281/287.

198 Gutiérrez Guerra Bautista, Padín Marchioli Mora, Zamprile Antonini Agustina y Salvia Agustín (Coordinador), *Confianza Institucional y Vida Ciudadana: Representaciones de la Opinión Pública en la Argentina Urbana*, Observatorio de la Deuda Social Argentina, UCA, 2018, p. 4/18 e Informe sobre Valoraciones de la Democracia y apatía ciudadana (2010-2018).

199 “Aproximadamente 9 de cada 10 personas (91,5%) consideran a la democracia como la mejor forma de gobierno.

200 “Sólo un 34,6% opina que los empleados públicos son honestos y hacen bien su trabajo, y sólo un 20,8% cree que los jueces son imparciales”.

Respecto a uno de los temas relevantes de la agenda pública, como es la desigual posición de la mujer respecto del hombre, un 63,9% está de acuerdo con esta afirmación, existiendo una diferencia del 10% entre los individuos de 18 a 34 años (68,7%) y los de 60 y más (57,9%).

Sin embargo, recientemente otra investigación vuelve a valorar la relación entre la sociedad argentina respecto a la democracia durante el 2018, arrojando resultados preocupantes<sup>201</sup>.

Los porcentajes son poco alentadores: el **65,6% de los encuestados está disconforme con el funcionamiento de la democracia, el 60,2% des Cree de las instituciones de la República, el 74% considera que existe un déficit de participación ciudadana y el 34,6% muestra apatía respecto de la democracia.**

El principal crecimiento del malestar sobre el funcionamiento de la democracia, motivada en **la situación socio económica, está presente en los sectores medios y bajos**. Por lo tanto, a peor situación socioeconómica mayor es la percepción negativa del funcionamiento de la democracia y sus resultados

Es decir que, si bien existe disconformidad con el funcionamiento de la democracia, no se cuestiona la legitimidad de esta forma de gobierno, sino que evidencia la evaluación de la sociedad sobre el cumplimiento de objetivos fundamentales que se relacionan con alcanzar niveles aceptables de bienestar<sup>202</sup>.

Es así como entre el 2017 y el 2018, se produjo un aumento de 11 puntos en la desconfianza en las instituciones argentinas, alcanzando en la actualidad al **60,2% –6 de cada 10 personas**.

## II. La confianza legítima.

### 1. Una noción con efectos expansivos. Los derechos adquiridos.

Uno de los elementos que componen la confianza institucional es la denominada “confianza legítima”.

Estamos frente a un principio que, más allá de las diferencias conceptuales, se encuentra en el centro de otras figuras, cuyo vínculo suele generar el análisis y tratamiento conjunto.

Una fugaz recorrida por las instituciones típicas del derecho público, muestran la expansión de su contenido, abarcando diversas manifestaciones. Su esencia está presente,

---

201 Informe aún no publicado sobre Valoraciones de la Democracia y apatía ciudadana (2010-2018) elaborado a partir del grupo de investigadores del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA ([www.infobae.com/política](http://www.infobae.com/política), del 23/12/18).

202 Ibidem.

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

en los principios de buena fe y seguridad jurídica, la teoría de los actos propios, la revocación de los actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, los límites de la discrecionalidad administrativa, los efectos del precedente administrativo, los derechos adquiridos, los límites de la responsabilidad del Estado, la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad y la denominada “cosa juzgada írrita”.

En consecuencia, esta confianza termina por constituir un eje interpretativo del que irradian principios y reglas de interpretaciones.

A partir de ese marco, uno de los efectos que produce la alteración de tal confianza es la afectación de derechos adquiridos, entendidos como los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación.

La teoría de los derechos adquiridos suele invocarse como un ejemplo de tensión entre justicia y seguridad jurídica. Con el reconocimiento de aquellos, se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, garantizándose así la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del derecho. Sin embargo, la intangibilidad de los derechos adquiridos puede ser incompatible con imperativos de justicia y de bien común, por ello el Estado de Derecho generó el replanteo de sus efectos, justificando que el reconocimiento no se detiene en las condiciones formales de validez de la legislación a cuyo amparo surgieron, sino que se extiende a las condiciones de justicia (buena fe, ausencia de dolo) que determinaron su génesis y su mantenimiento<sup>203</sup>.

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha interpretado que las meras expectativas no son derechos, pues “nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos o a su simple inalterabilidad”<sup>204</sup>.

En forma consecuente, cuando bajo la vigencia de una norma el particular cumplió todos los actos, condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido: la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación concreta e individual, en cabeza del sujeto y como tal, se hace inalterable, no pudiendo ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad<sup>205</sup>.

## 2. Seguridad jurídica

Seguridad y orden constituyen términos afines, aunque no son sinónimos: la primera se refiere a la protección contra los riesgos y a la identificación de éstos, el segundo a la colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Esta relación se ve

203 Pérez Luño Antonio Enrique, La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia, en Boletín de la Facultad de Derecho N° 15, Sevilla, 2000, p. 25/38.

204 CSJN “A, F.J. y otro c/ Estado Nacional s/amparo ley 16.986”. Fallos: 339:24 (2016); Galindo de Spota Norma Carmen c/ EN- M° de Economía y Otro s/proceso de conocimiento—Ley 25561. Fallos: 338:757 (2015).

205 SAN LUIS.

reflejada respecto de la seguridad jurídica (especie dentro de la expresión general “seguridad”), pues ambas nociones parten de un común denominador: la certidumbre; por ello cuando una persona está en lo cierto, cuando sabe lo que debe hacer, experimenta cierto grado de seguridad, puede anticipar los riesgos que amenazan su existencia o sus bienes<sup>206</sup>.

Existe entre ellas una relación de valores, en la cual el orden es un valor más fuerte que la seguridad jurídica, pues es más fácil ordenar la vida social que obtener tal seguridad. Sin embargo, si bien sin orden no puede existir seguridad jurídica, esta última es un valor de mayor jerarquía axiológica, aunque sea más débil, ello porque “se encuentra condicionada por la vigencia de un mínimo de orden”<sup>207</sup>.

La importancia del principio de confianza legítima se encuentra en el reequilibrio que, de forma general, trata de arbitrar el principio en cuestión, entre los valores de estabilidad y cambio. Tensión que encuentra su traducción en el principio de seguridad jurídica<sup>208</sup>.

En similar sentido, se considera que aquella vincula, por lo menos, con tres factores: la previsibilidad; la necesidad de controlar y hasta eliminar o minimizar los riesgos; el logro de la estabilidad de las relaciones humanas.

Este contenido muestra que no puede identificarse con un comportamiento inalterable o rígido, ello no sería posible por los cambios en la vida humana, la continuidad y el desarrollo de la sociedad, en la consecuente transformación de los vínculos con el Estado. La seguridad absoluta y el mantenimiento inamovible del sistema jurídico resultan incompatibles, con la noción misma del Estado de Derecho. Esa es la razón que justifica traer como noción trascendental a la previsibilidad.

A su vez, la presencia de seguridad jurídica presupone la eliminación de toda arbitrariedad, con la consecuencia de crear un ámbito de vida jurídica en la cual el hombre puede desenvolverse con el pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y por lo tanto, con libertad y responsabilidad.

A partir de la división de poderes y de los actores que tienen a su cargo la preservación de su vigencia, se han diferenciado tres tipos de seguridad: ejecutiva, legislativa y judicial.

Ahora bien, la seguridad jurídica es un término utilizado en diversos sentidos, desde su origen en la publicidad y conocimiento de la ley, hasta el vínculo particular con la interpretación de los derechos adquiridos, pasando por los plazos de caducidad para demandar al Estado.

206 Cueto Rúa Julio, Seguridad Jurídica, La Ley 1994-A-742.

207 Ibidem.

208 Parejo Alfonso, Luciano. Derecho Administrativo. Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

En un primer momento, con la Revolución Francesa adquirió relevancia, valor jurídico decisivo y excluyente, al ser mencionada entre los cuatro derechos incluidos en la Declaración de los Derechos de 1789. Así, el derecho tiene por misión central posibilitar esa previsibilidad que se expresa simbólicamente con el apotegma: *dura lex, sed lex*; a esos fines, resultaba decisivo la previsión de un mecanismo oficial para la publicación de la ley y la correspondiente presunción *jure et jure* de su conocimiento, que habilita la improcedencia de la invocación de ignorancia de la ley una vez publicada.

De la rigidez de este enfoque, se pasó a considerar que en el Estado de Derecho Constitucional no se trata de ignorar la seguridad, pero si conferirle un lugar subsidiario o adjetivo en el derecho, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero que fundamentalmente no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca. De esta forma, el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, es decir a la justicia del caso, que en términos de Aristóteles es la mejor o más perfecto modo de la justicia<sup>209</sup>.

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias de su obligatoriedad y la publicación, la CSJN ha interpretado que la ley –como expresión de la voluntad popular– requiere para ser obligatoria, de su publicidad. Esta exigencia es derivación del principio republicano de gobierno y del principio de juridicidad, por lo tanto los principios de razonabilidad y justicia impiden que se puedan señalar incumplimientos legales frente a normas no publicadas<sup>210</sup>.

En forma consecuente, la ausencia de publicidad, “cualquiera sea la bondad de la nueva disposición con relación a la anterior, tratándose de un requisito que hace a la obligatoriedad de la ley, la sanción que contempla la norma, causa lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio, en cuanto exige que aquélla se encuentre prevista por la ley con anterioridad al hecho del proceso”<sup>211</sup>.

Por ello, también se señaló reiteradamente que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas al amparo de la legislación anterior “especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran con un justo paliativo”<sup>212</sup>

Sin perjuicio de estas interpretaciones, lo cierto es que referirse a la seguridad jurídica es aludir a un valor que se mide y percibe de acuerdo a determinadas pautas culturales, que sufrió una evolución que refleja el paso de lo individual a lo colectivo.

209 Ver Vigo Rodolfo L. *Constitucionalización y judicialización del derecho del Estado de derecho legal, al Estado de derecho constitucional*, Edit. Porrúa-UP, México, 2013, p. 2/9.

210 CSJN “Municipalidad De Berazategui c/ Molinos Rio De La Plata S.A. s/Apremio” CSJ 000692/2017/CS001, del 27/09/2018 (voto del Dr. Rosatti).

211 CSJN “Gartner, Angel Eduardo c/ Comité Federal de Radiodifusión R. N° 960/961/962/963/96” Fallos: 325:1808 (2002).

212 CSJN “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. Fallos: 325:366 (2002).

### 3. Seguridad jurídica y la emergencia pública

Cierta paradoja se cierne alrededor de la seguridad jurídica: su abordaje en los últimos tiempos y la creciente preocupación por analizar su contenido y alcance, tienen origen en los riesgos de su aniquilamiento durante las situaciones de emergencia pública. La excepcionalidad e imprevisibilidad que han servido para justificar tales declaraciones de emergencia, enfrenta aquel valor a la necesidad de adoptar remedios extraordinarios para paliar los efectos negativos de una crisis o perturbación económica, política o social.

Pero la realidad argentina muestra que el estado de emergencia se ha prolongado por muchos años; situación que llevó a la Corte Suprema que esa prolongación representaba, en sí misma, “el mayor atentado a la seguridad jurídica”<sup>213</sup>. “cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios (...) Aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquéllas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior”<sup>214</sup>.

En esa misma línea argumental, se determinó que el fundamento de emergencia, radica en la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a una intervención en el orden patrimonial, de forma tal que se permita el cumplimiento de las obligaciones, a la vez de que sirva para atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite: su razonabilidad, “con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares, y condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”<sup>215</sup>.

Es en los períodos de emergencia en los cuales la seguridad jurídica corre riesgo de convertirse en una utopía, pues la emergencia permanente crea inseguridad, que destruye todo cálculo de riesgos, y su previsión individual, restringiendo el funcionamiento económico.

En definitiva, en el marco del Estado Constitucional de Derecho los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias del Estado, que les puedan afectar;

213 CSJN “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN–ley 25.561–dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”. Fallos Fallos: 328:690 (2005).

214 CSJN “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).

215 CSJN “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. Fallos: 325:366 (2002).

tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas, bajo el derecho actual y de las que se siguen determinadas consecuencias jurídicas, también puedan ser consideradas lícitas en el futuro. De ahí, que la seguridad jurídica signifique para la persona, la protección de la confianza legítima<sup>216</sup>.

### III. El Principio de Buena Fe como presupuesto de la Confianza Legítima.

Párrafo aparte nos merece la buena fe.

Conforme lo sostiene Parejo Alfonso, la confianza legítima no viene a ser sino un nombre nuevo de la buena fe, “una ampliación y actualización internos de su contenido”. De ahí que realmente la diferencia entre el principio de buena fe y el de confianza legítima es más una distinción de alcance que de sustancia, “siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima”<sup>217</sup>.

La buena fe significa que el hombre cree y confía que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales<sup>218</sup>.

La buena fe objetiva (buena fe-creencia o buena fe-confianza) cabe ser diferenciada de la buena fe subjetiva (buena fe-probidad o buena fe lealtad). La primera alude a la convicción razonable y diligente de un sujeto, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo, pues existe una situación para poner de resalto la verdad jurídica. Es la impecable conciencia de que se está obrando conforme a derecho.

La buena fe subjetiva refiere a que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de ley privada<sup>219</sup>. Es decir que en el ámbito contractual las partes deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Las doctrinas de los actos propios y de la confianza legítima, en la práctica interpretativa de las cláusulas contractuales, derechos y deberes de las partes, suelen ser incluidas bajo la noción de la buena fe, principio que es el pilar de la construcción teórica de aquéllas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha confirmado que el principio es predicable de todas las funciones estatales, procedimientos y procesos al sostener

216 Malvez Pardo Gabriela, El principio de protección e la confianza legítima en México, en [www.up.edu.mx/escuela/mex/law/publicaciones](http://www.up.edu.mx/escuela/mex/law/publicaciones), 2016.

217 Parejo Alfonso L., Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel, 2003, p. 691/692.

218 Borda Guillermo A., Tratado de derecho civil, Parte General, T. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996. p. 130/131.

219 Llambias Jorge Joaquín y Alterini Atilio A., Código Civil Anotado, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (reimpresión) p. 153.

que “las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, ya que el proceso judicial no puede ser un “juego de sorpresas” que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”<sup>220</sup>.

Incluso, en su relación con los actos propios sostuvo que el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, que condiciona especialmente la validez del actuar estatal, “deriva la doctrina de los actos propios según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”<sup>221</sup>.

## 1. Confianza y actos propios

Esta doctrina está vinculada con la confianza legítima y la seguridad jurídica. Receptada en el derecho privado, ella dio sentido a la necesidad que el tráfico comercial se desarrollara en base a la confianza y la buena fe, con el objeto de evitar que el cambio de posición de una parte, defraude las expectativas a la otra, le genere pérdidas o los prive de un lucro esperado.

Ahora bien, la Administración no está exenta de incurrir también en contradicciones, de ahí que se discutiera si esta teoría podía ser aplicable a las relaciones jurídicas que ella entablaba, teniendo en cuenta sus fines públicos.

En realidad, como los cambios de posición buscan una mejor defensa de los intereses de las partes, el debate se centró en las limitaciones a su aplicación en el ámbito público.

La intensa presencia estatal en el tráfico moderno y la supremacía jurídica de sus actos hace que la confianza depositada por los particulares “ostente una frecuencia e importancia superiores a las observables en hipótesis análogas del derecho privado”. Por eso, esta doctrina es una herramienta conceptual a la que recurren jueces y letrados para rechazar pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, en los casos que contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron en base a dicha conducta. Así, al proteger estas modificaciones en la actitud se ampara la buena fe, la regularidad y la confiabilidad de las relaciones jurídicas. En todo impera la coherencia del comportamiento de las partes<sup>222</sup>.

220 CSJN “Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional–Ministerio Energía y Minería y Otro s/Amparo Ley 16.986”. Fallos: 339:1254 (2016).

221 CSJN Faifman, Ruth Myriam y otros c/ EN s/daños y perjuicios. Fallos: 338:161 (2015)

222 Mairal Héctor, La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1994. p. 2/6.

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

Los elementos que debe reunir para su configuración son: a) que exista una conducta previa y una pretensión posterior de la misma persona y que se hayan producido frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica.

Hay por ende identidad de partes y unidad de situación jurídica; b) que la conducta previa sea válida y revista un sentido unívoco y hasta cierta entidad; c) que esa conducta y la pretensión sea contradictorias o sea incompatible entre sí; d) que no exista norma que autorice la contradicción. El efecto de la aplicación de esta doctrina es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria declarada por un juez<sup>223</sup>.

Hemos tenido de considerar que, conforme a la doctrina que postula la aplicación de la teoría en el ámbito de la Administración, su origen está presente en el principio de buena fe, que obliga a valorar el nocivo efecto cívico que produce el desconocimiento del *factum proprium*, al sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerables en el derecho privado<sup>224</sup>.

Son diversos los supuestos en los cuales la Administración entra en contradicción con su conducta anterior, sin que ese comportamiento se haya reflejado en reconocimientos de reparaciones.

Su similitud con la figura anglosajona del *estoppel*, llevó a que la doctrina considerara que de las cuatro variantes que presenta aquella, la tercera categoría (*estoppel in pais* o *by representation*) y en menor medida la cuarta (*promissory estoppel*) son las que presentan mayor interés para su comparación.

En cuanto a la tercera especie, el profesor argentino Mairal indica que se configura cuando surge de la contraria un comportamiento que manifiesta en forma clara e inequívoca, de manera que la contraparte dentro de la razonabilidad, haya actuado en consecuencia, alterando suposición en su propio detrimento. Dentro de la doctrina de los propios actos, el *estoppel* es la vertiente más enérgica, dado que deja de lado la buena fe que pudo tener el contradictor o los motivos que haya considerado; por eso ambas figuras son aplicables al constituir dos caras de un mismo principio. La diferencia, radica en que la teoría de los propios actos descarta la conducta inicial ilegítima, en cambio el *estoppel* puede aplicarse en ciertos supuestos a pesar de la ilicitud, pues es decisivo el cambio de posición que, confiado en la conducta ilegítima anterior, el interesado lleva a la práctica en su propio detrimento. De esta forma, el *estoppel* puede ser útil para los supuestos en que no existe validez de la conducta inicial.

Así, para aquellos que defiende su aplicación en el campo del derecho administrativo, cuando la incoherencia de la actuación pública obedece al intento de corregir una violación legal anterior la doctrina de los propios actos no es oponible, pero podría ser aplicada la del *estoppel* como una segunda barrera para impedir la contradicción.

223 Ibidem.

224 Ivanega Mirian M.

En síntesis:

- Cuando se presentan todos los requisitos que torna aplicable la doctrina de los propios actos, ésta rige, en principio, respecto de la Administración.
- En los casos que falta el requisito de validez de la conducta inicial, pero existe un cambio de posición del particular que confió razonablemente y en su propio detrimento en la conducta inicial de la Administración, considera aplicable el *estoppel*.
- Por último, se requerirá de una cuidadosa evaluación del juzgador, serán relevantes la gravedad y el carácter manifiesto del vicio del que adolece la conducta administrativa inicial y la razonabilidad de la confianza que en ella depositó el particular<sup>225</sup>.

Respecto a las diferencias entre la doctrina de los propios actos y la confianza legítima, se señala que, para habilitar la aplicación de la primera, la conducta o acto iniciales deben ser válidos, mientras que en la confianza legítima, ellos pueden ser inválidos, pero la protección igual puede tener eficacia. A su vez, los propios actos, se presentan en el contexto de un mismo círculo de intereses o en una relación jurídica concreta entre las partes –no en una relación jurídica genérica–, pero en la confianza legítima (que se afirma del lado del particular afectado frente a la actuación estatal) no se precisa de la existencia de esa relación jurídica determinada<sup>226</sup>.

## 2. Buena fe y confianza legítima

Si bien la buena fe es un componente fundamental de la doctrina de la confianza legítima –e incluso en algunos supuestos puede desplazarla– no deben ser confundidas<sup>227</sup>.

Esta última –como el principio que prohíbe la conducta contradictoria– constituye “refinamientos” del principio general de buena fe, para situaciones jurídicas específicas. Lo que sucede “es que la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de éste como componente insoslayable”. La proximidad de estas figuras es evidente, a punto tal que sin buena fe la confianza no puede ser legítima.

225 Mairal Héctor, op.cit., p.60.

226 Coviello Pedro J.J., La protección de la confianza del administrado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 415/416.

227 El Tribunal Supremo español comenzó a aplicar el principio de protección de la confianza legítima, como un fundamento explícito para justificar dicha extensión de la responsabilidad patrimonial del Estado (la jurisprudencia comenzó acogiendo este instituto por influjo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). El propio Legislador lo terminó proclamando al reformar la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común en 1999. El Tribunal Supremo de ese país entendió que los principios de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y de seguridad jurídica, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima, enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea. García de Enterría Eduardo, El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador, en Revista de Derecho Administrativo N° 150, setiembre-diciembre de 2002, p. 173 y ss.

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

La apariencia de juridicidad que caracteriza el obrar administrativo, crea una confianza en los administrados, que hace cuestionable un comportamiento que contraría esa confianza razonable y el ejercicio transparente de la función.

En realidad, no existe la confianza “a secas”, pues se trata de un componente de institutos jurídicos como la buena fe o la doctrina de los propios actos. Por ello, cada vez que se invoque la confianza “no se estará ante la protección de la confianza legítima, sino ante una situación jurídica que deberá ser resuelta, a falta de norma, con algunas de las instituciones específicas...no es una institución que se puede utilizar ante cualquier situación, sino todo lo contrario, es la “fuerza de reserva” jurídica sólo utilizable cuando los demás remedios jurídicos específicos no son aptos para resolver el caso”<sup>228</sup>.

### IV. La confianza legítima en el marco de la “buena administración”.

Se ha señalado que el derecho fundamental a la buena administración (en los términos del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000) obliga al replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto. Desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, esa disciplina y sus principales categorías deben ser reformulados puesto, dado que la relevancia de los derechos fundamentales de la persona sugiere nuevas formas de entender el sistema administrativo. El tema es estructural y se refiere a la recuperación de la perspectiva ética, de servicio objetivo a la ciudadanía, como caracterización de las administraciones públicas.

En ese contexto, el mismo autor sostiene con acierto que las personas no son mercancías, que tienen un potencial de libertad e inteligencia muy importante y que por lo tanto, los buenos administradores públicos tienen que ser capaces de hacer surgir esas potencias, esa capacidad de aportación e intercambio de ideas, “esa capacidad de generar confianza para transformar la realidad”<sup>229</sup>.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración, refleja en forma precisa esos fundamentos incluyendo en el marco de sus principios los siguientes:

“15. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas. La Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.

<sup>228</sup> Coviello Pedro J.J., op.cit., p. 403/410.

<sup>229</sup> Rodríguez Arana Muñoz Jaime, La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa, en Misión Jurídica-Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá, N° 6, 2013, p. 23/56.

17. El principio de ejercicio normativo del poder significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general.

19. Principio de buena fe, en cuya virtud las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.

Estas exigencias no solo son predicables de la Administración Pública; muy por el contrario, los Poderes Legislativos y Judiciales constituyen actores principales en la construcción de la confianza legítima, la seguridad jurídica y la implementación de la buena fe de toda actuación estatal y privada. En el caso del legislativo, la claridad normativa y la aplicación de técnicas que se traduzcan en leyes coherentes, suficientes y comprensibles para el ciudadano, configuran pilares consustanciales a esos principios.

A su vez, un Poder Judicial independiente e imparcial, que en el ámbito de su competencia controle los avances arbitrarios de los otros poderes y asegure la vigencia de la juridicidad y los derechos fundamentales, constituye un resorte primordial en la interpretación de aquellos.

## **Reflexiones finales. Corrupción y confianza institucional**

Las estadísticas expuestas al inicio muestran una penosa realidad, pero no por ello carente de solución.

La República Argentina ha dejado, hace mucho tiempo, de ser un ejemplo de previsibilidad. Excede al presente considerar las causas de ello y sus efectos dolorosos por la violación de los derechos fundamentales, lo que no nos impide confirmar que en los últimos años la corrupción se sumó como otro factor desestabilizante.

A su vez, este flagelo acarrea consecuencias negativas en la inversión pública al condicionarla y afectarla directamente. Los escandalosos contratos administrativos que conllevaron a una red de corrupción ilimitada en Latinoamérica, de público conocimiento, generaron un descreimiento aun mayor del rol que asumen políticos, funcionarios y empresarios. La propia OCDE ha indicado que tres de cada cuatro latinoamericanos tienen “poca o ninguna confianza” en sus gobiernos y que ocho de cada diez creen, además, que éstos son corruptos.

Es que el avance irrefrenable de la corrupción, no se ha correspondido con la efectividad de los mecanismos de control, pues éstos, frente a la sofisticación y el desarrollo acelerado de ese flagelo, no generaron una respuesta eficaz y preventiva.

## REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

El secreto que rodea a toda actuación corrupta y sus efectos transnacionales obliga a un control –no solo judicial– efectivo en términos democráticos: transparente, ético, independiente, oportuno, imparcial, coordinado y educativo dirigido tanto a prevenir como a sancionar.

Por ello, estamos convencidos que el control en todas sus manifestaciones es también una herramienta esencial en la articulación de la seguridad institucional.



# OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

## Resumen

Este trabajo, en esencia, plantea un análisis al marco regulatorio actual del silencio administrativo, destacando sus falencias y realizando observaciones relevantes. En opinión del autor el silencio administrativo *es un hecho ilícito de la administración pública; “una patología”* que vulnera el derecho constitucional de petición, el cual comprende la necesidad de recibir respuesta motivada y oportuna al respectivo requerimiento del administrado. Este estudio arranca revisando el origen legislativo del silencio administrativo positivo en el Ecuador, y se detiene a caracterizarlo con toda determinación, ratificándose el autor en el contenido de otros trabajos sobre la misma materia central.

## Palabras claves

Silencio administrativo, Código Orgánico Administrativo, administración pública, jurisprudencia, Corte Nacional de Justicia, pretensión, efecto estimatorio.

## I. Introducción

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, incorporó en el derecho ecuatoriano una interesante –aunque totalmente ingenua– solución a la falta de pronunciamiento de la Administración pública frente a las promociones de los administrados: ante el silencio de la autoridad, el administrado entendería aceptadas sus peticiones, reclamaciones o recursos.

La intención de tutelar el derecho de petición –loable, aunque también candorosa– se topó con innumerables dificultades prácticas que pusieron en evidencia lo inútil de la técnica. ¿Cómo puedo hacer valer lo ganado por el silencio administrativo frente a la Administración pública?

Los órganos jurisdiccionales ecuatorianos, conscientes de la necesidad de acatar la ley, pero también prudentes sobre los excesos que podían presentarse, idearon varias proposiciones y soluciones, que a pesar de su ingenio, no dejaron de lado la evidencia de que establecer un efecto legal afirmativo al silencio administrativo, en términos absolutamente prácticos, no tutelaba el derecho de petición ni constituía la mágica panacea en la que muchos creyeron.

Con el advenimiento del Código Orgánico Administrativo, el silencio administrativo no dejó de estar presente en sus regulaciones. Tal vez se trató de recoger las soluciones

jurisprudenciales y de reforzar la tutela del administrado. Sin embargo, continuó con la creencia en el llamado “silencio administrativo positivo” como técnica para defender el derecho de petición y de suplir la “ineficiencia” de la Administración pública. Sólo que ahora, lamentable es decirlo, aquella convicción incauta se suma a una deficiente técnica legislativa, a la incongruencia y hasta la oscuridad normativa.

En el presente trabajo realizaremos un análisis crítico de la regulación actual del silencio administrativo, haremos patentes sus deficiencias y brindaremos algunas opiniones que tratarán de superar vacíos e incoherencias de la nueva normativa.

## II. Caracterización del silencio administrativo

El silencio administrativo constituye un *hecho ilícito* de la Administración pública, pero al cual el derecho otorga una consecuencia jurídica o un significado para evitar menoscabos al administrado o al interés general.<sup>230</sup> Cualquier estudio o comentario sobre este fenómeno jurídico no debe dejar de lado este carácter de infracción.

El silencio administrativo, en efecto, no constituye una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con la eficacia administrativa. Como ya hemos dicho desde hace tiempo, la circunstancia de que el ordenamiento jurídico le otorgue un significado o consecuencia al silencio administrativo, no elimina la ilicitud que comporta, ni significa una depuración de la falta que implica.<sup>231</sup>

El silencio administrativo constituye una violación patente al derecho de petición, que la Constitución de la República reconoce en el número 23 del artículo 66 y que tiene como obligación correlativa *dictar una respuesta motivada*.<sup>232</sup> Además, la falta de pronunciamiento sobre una petición o pretensión del administrado, menoscaba el principio de eficacia que establece el artículo 227 *ibídem*, que consiste en la atención a las necesidades y requerimientos públicos de modo cabal e idóneo.

La previsión de un efecto legal para el silencio administrativo tiene por propósito garantizar los derechos del administrado ante el incumplimiento del deber de pronunciamiento de la administración pública. En un inicio, según las disposiciones de la Ley de

230 Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, t. II, p. 245.

231 Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana. Una visión crítica de la situación actual”, en *Revista Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003, p. 271.

232 La Constitución vigente dice que frente a las peticiones de los administrados, la autoridad debe dictar una resolución motivada, pero no dice nada sobre la oportunidad de dicha decisión. Consideramos que era mucho más conforme con el derecho de petición lo que disponía el número 15 del artículo 23 de la Constitución de 1998, que disponía que el derecho de petición tenía como contenido “recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”. En efecto, además de modular el tiempo de la respuesta, también se disponía que debía ser pertinente, que en el ámbito de lo jurídico es lo conforme a derecho.

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el significado legal del silencio administrativo era la negativa de lo solicitado por el administrado, con el único propósito de permitirle el acceso a la justicia y evitar que la administración pública eluda el control judicial.<sup>233</sup> Todo ello debe entenderse en el contexto de las cargas procesales que se exigían al demandante, como es contar con un acto previo en contra del cual se dirigen sus pretensiones procesales, y sobre todo, la carga de haber agotado la vía administrativa antes de ocurrir a la jurisdicción.<sup>234</sup>

Posteriormente, el artículo 28 de la derogada Ley de Modernización del Estado, dispuso que la falta de contestación a las peticiones o promociones de los administrados se entendería como aceptación de lo pretendido. El propósito es garantizar el derecho de petición, como se constata de la observación del título que lleva el artículo 28 de dicha ley.<sup>235</sup>

La buena intención que tenía el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado se enfrentó, sin embargo, con varias dificultades que mucho hacían dudar sobre su efectividad. La principal fue el modo de hacer valer lo ganado por el ministerio de la ley, sin dejar de lado la cuestión de si aquello era conforme a derecho como para poder hacerlo cumplir a la Administración pública. Respecto de esto último, es capital la observación de García de Enterría y Fernández:

“[...] el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido

233 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “**Art. 31.-** [...] Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial”.

234 Véase, García-Trevijano Garnica, Ernesto, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 87-89. En el mismo sentido, González Pérez, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 341.

235 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: “**Art. 28.- DERECHO DE PETICIÓN.-** Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.

para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla”.<sup>236</sup>

La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia (o de la Corte Suprema de Justicia) reiteradamente afirmó que lo ganado por el silencio administrativo comporta un *derecho autónomo* nacido de la ley, que da lugar a un *sui géneris* proceso de ejecución y que no puede desconocerse por una resolución expresa tardía de sentido contrario. En sentencia de casación publicada en el Registro Oficial No. 287 de 31 de Marzo de 1998 se dijo:

“[...] **Silencio administrativo:** Configura un derecho autónomo el derecho que se establece por el Ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un *derecho autónomo*, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado francés y de su similar colombiano, *nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio [...]*” (Lo resaltado es del autor).

En el mismo sentido, y resaltando además la imposibilidad de resoluciones expresas tardías de signo contrario, la misma Sala, en sentencia de 10 de diciembre de 1997, sostuvo lo siguiente:

“**Silencio administrativo:** No cabe resoluciones expresas tardías de signo contrario”. “**Silencio Administrativo:** Su aplicación implica un proceso de ejecución”. En torno a la materia, conviene señalar que el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un *derecho autónomo*, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, *nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio*; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional *no está dirigida a que se declare el derecho*, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que *una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución*. Desde luego que

<sup>236</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., t. I, pp. 585-596.

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19 numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, *no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo*” (Lo resaltado es del autor).<sup>237</sup>

Por lo demás, la Corte Nacional de Justicia (o la Corte Suprema de Justicia) también han manifestado que lo ganado por silencio administrativo debe ser equiparable a un *acto administrativo regular*, es decir, carente de vicios de nulidad absoluta, pues caso contrario no es posible conceder lo pretendido por el administrado. Así lo ha dicho, por ejemplo, la sentencia de 11 de noviembre de 2009, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N.º 143 de 6 de mayo de 2011:

“En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto, que se derive del silencio administrativo, debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos reguares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley”.

Fácil es apreciar las vicisitudes que el administrado tenía que atravesar para hacer valer lo que, real o presuntamente, ganó por el ministerio de la ley al callar la Administración pública. No sólo que debía incoar un complejo y largo proceso contencioso administrativo, sino que bien podía resultar que lo aparentemente ganado no pueda otorgarse por carecer de validez. En esta temática, no siempre es sencillo determinar cuando una acto es regular y cuando no.

A todo lo dicho se suma el hecho que durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no estaba previsto un proceso contencioso administrativo de ejecución, por lo que esta solución jurisprudencial resulta, a nuestro juicio, un puro invento, sin dejar de lado la consideración de que hablar de un proceso de ejecución

<sup>237</sup> Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No. 10. p. 2716. En el mismo sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2004, gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII, No. 1, p. 283, en la que se resalta que es precedente obligatorio el criterio que sostiene que lo ganado por silencio comporta un derecho autónomo, que no proceden una resolución expresa tardía de signo contrario y que lo ganado por silencio debe hacerse valer mediante un proceso de ejecución.

es harto relativa e inexacta, pues si el juez debe analizar la validez de lo ganado por el silencio administrativo, se está más cerca de un proceso de conocimiento que de uno de ejecución.

### III. Regulación del silencio administrativo en el Código Orgánico Administrativo y en el Código Orgánico General de Procesos. Observaciones críticas

#### 1. El silencio administrativo y la terminación del procedimiento

El Código Orgánico Administrativo regula la terminación del procedimiento administrativo en el artículo 201, en el cual se incluye, sin más, al silencio administrativo. Al respecto, insistimos en que se trata de un *hecho ilícito* de la Administración pública y que no es un modo regular de terminación del procedimiento.

No obstante, en el artículo 202, el Código dispone que la Administración pública tiene la obligación de resolver y que debe concluir los procedimientos mediante un acto administrativo, esto es, a través de una resolución expresa. Aunque el Código no lo diga, podría inferirse que la manera normal y deseable de conclusión de los trámites es una resolución administrativa expresa.

De conformidad con el artículo 203 del Código, el *plazo* para dictar el acto administrativo es de un mes, contado a partir de la conclusión del tiempo destinado a la prueba. Se contempla, además, la posibilidad de suspender o de extender el tiempo para emitir la resolución en diversas circunstancias especiales. En todo caso, según el artículo 202, el vencimiento de los plazos *no exige a la Administración pública de dictar una decisión expresa*, esto es, un acto administrativo.

En lo relacionado con el silencio administrativo, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo dice que los reclamos, solicitudes o pedidos que formulen los administrados a las autoridades administrativas deben resolverse en el *término* de 30 días, “vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva”.

En este punto, puede observarse una lamentable falta de congruencia y de claridad entre las distintas normas del Código. Por una parte, se dice que los procedimientos administrativos, en virtud de la obligación de resolver que tiene la Administración pública –que es totalmente conforme con el derecho de petición– deben terminar con un acto administrativo y que el transcurso del plazo de un mes o de los plazos extendidos –que pueden llegar a dos meses– no eximen de dicho deber. A pesar de ello, más adelante se habla de que el silencio administrativo, que es la ausencia de pronunciamiento, se produce luego de en treinta días sin que se haya notificado un acto administrativo. ¿Cómo conciliar todas estas disposiciones en un todo coherente y ordenado?

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Empecemos por notar que el mismo Código Orgánico Administrativo distingue plazo de término. El primero se cuenta de día a día, como dice el artículo 160, mientras que el segundo se computa sin contar los días sábados, domingos y feriados, al tenor del artículo 159. En atención a todo esto, resultaría que el tiempo que la Administración pública tiene normalmente para resolver es *menor que el tiempo en que se produce el silencio administrativo*. Por lo demás, ninguna consecuencia jurídica se prevé por dictar la resolución expresa antes de que hayan transcurrido los treinta días término, pero luego del mes, por lo que mejor sería decir que la Administración pública puede expedir un acto administrativo antes de los treinta días término, o lo que es igual, que debe expedir resolución expresa dentro del tiempo previsto para el silencio administrativo, porque de lo contrario se entendería que la petición, reclamación o pedido del administrado se entiende aceptada. Así lo decía sin tantos galimatías y anacolutos el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva:

**“Art. 115.-** Obligación de resolver [...]

*2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales [...]”* (La cursiva es del autor).

Otra cuestión de interés es qué sucede si existe suspensión del tiempo previsto para resolver, o bien, extensión de éste, según lo que establecen los artículos 203 y 204 del Código Orgánico Administrativo. Lo lógico sería que en estos casos no se produzca el silencio administrativo, sino hasta que se cumpla cabalmente el tiempo que tiene la Administración pública para resolver, contado, bien desde que se reanuda el procedimiento, en el caso de suspensión, bien luego de los dos meses de que habla el artículo 204, en el caso en que se extienda el tiempo para resolver. Simplemente, si no transcurre completo el plazo o término que se prevé para dictar una resolución expresa por parte de la Administración pública, por lógica elemental, no habrá silencio administrativo, toda vez que este hecho consiste en la falta de pronunciamiento dentro del tiempo que la ley concede.

En lo que se refiere a las resoluciones expresas tardías, esto es, las que se expiden luego de transcurrido el plazo o término establecido para dictar un acto administrativo que ponga fin al procedimiento, debe entenderse que siempre deberían ser confirmatorias de lo aceptado por el ministerio de la ley, de tal forma que, ocurrido el silencio administrativo, nunca sería válido un acto administrativo de sentido negativo o contrario a lo ganado por disposición de la ley. En el artículo 202 del Código Orgánico Administrativo se dice que el transcurso del plazo para resolver *no exige a la Administración pública de dictar una resolución expresa* y más adelante, en el artículo 210, se dispone que “En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria”. Estas normas nos llevan a entender que la Administración pública, pese a ocurrir el silencio administrativo,

deben dictar una resolución expresa que en este caso jamás puede ser de signo contrario a lo ganado por el efecto legal del silencio, solución que ratifica el número 6 del artículo 105 del Código, que sanciona con nulidad al acto expreso que es contrario a lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: [...]

6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código”.

## 2. El silencio administrativo y los recursos administrativos

El inciso primero del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo dice lo siguiente:

“Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva”.

Nótese que no se habla expresamente de recursos administrativos, como la apelación o el extraordinario de revisión, que constituyen medios de impugnación de actos administrativos en la vía administrativa, es decir, defensas del administrado.

Lamentablemente, el Código no contempla la temática de la interpretación de la ley administrativa, lo cual constituye uno de sus tantos defectos. Siguiendo las reglas admitidas de interpretación de la ley, podría decirse, según el criterio gramatical, que no existiría silencio administrativo en los recursos. Esta conclusión nos parece totalmente excesiva, y mucho más aun, restrictiva del derecho constitucional de petición y de defensa.

Sin embargo, si se atiende al contexto de la ley como mecanismo de interpretación, puede decirse que sí se produce el efecto legal afirmativo del silencio administrativo en los recursos. En primer término, el Código –como no podría ser de otra manera– dice en el artículo 2 que en esta materia se aplicarán los principios constitucionales. Ahora bien, de conformidad con el número 4 del artículo 11 de la Constitución de la República –que trata de los principios que rigen el ejercicio de los derechos– ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos constitucionales, como sucede con el derecho de petición, que también lo reconoce el Código en el artículo 32, aunque ésta última norma hable simplemente de peticiones. Por otra parte, el artículo 4 del Código Orgánico Administrativo exige que la administración pública aplique las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos y prohíbe las dilaciones o retardos injustificados:

“Art. 4.- Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales”.

Las disposiciones invocadas sustentan nuestra opinión de que se produce el efecto legal afirmativo del silencio administrativo en los recursos, porque ello es conforme con el ejercicio del derecho de petición, sin dejar de lado que los recursos son medios de impugnación del administrado y que sería contrario al debido proceso, por frustrar el derecho de defensa, que no exista una oportuna decisión o un efecto legal que supla la omisión de pronunciamiento de la administración pública. Simplemente, una interpretación literal y excesiva del inciso primero del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, además del derecho de petición, violaría el derecho de defensa, reconocido en la letra a) del número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”.

Por todo lo dicho, a falta de una resolución expresa, el administrado deberá entender que las pretensiones que constan en sus recursos administrativos han sido aceptadas por el ministerio de la ley, ante el silencio administrativo, porque esto es conforme con el ejercicio del derecho de petición y de defensa.

“**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

El criterio de que opera el efecto legal del silencio administrativo en los recursos, también tendría fundamento en que éstos constituyen un medio de impugnación y que deben contener y formular una *pretensión*. El defectuoso Código no indica categóricamente este requerimiento en el artículo 220, que trata sobre los requisitos formales de los recursos, pero sí lo hace implícitamente, sin dejar de lado que resultaría absurdo un recurso sin pretensión.

Por definición, una pretensión comporta una solicitud de algo, una petición, respecto de la cual se pronunciará el órgano administrativo con competencia resolutoria. En este sentido, estaría inmersa la pretensión que se formula en los recursos dentro de las previsiones del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo. Con mayor rigor, también lo estarían porque ésta última norma habla de reclamos, y sucede que en los

recursos, al contener una impugnación, forzosamente expresan una especial reclamación respecto de la incorrección del acto administrativo.

### 3. Validez de lo ganado por el silencio administrativo

El inciso segundo del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo se refiere a la validez de lo obtenido por el ministerio de la ley una vez ocurrido el silencio administrativo:

“Art. 207.- Silencio administrativo [...]

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código”.

Las causales de nulidad a las que se refiere la norma citada serían las del artículo 105, que tratan sobre los vicios que pueden afectar a los actos administrativos, dado que se entiende al efecto legal del silencio administrativo como un “acto administrativo presunto”.

El citado artículo 105 se refiere expresamente al silencio administrativo en el inciso final:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo.- Es nulo el acto administrativo que: [...]

El acto administrativo expreso o *presunto* por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo” (la cursiva no es del texto).

Es importante resaltar esta causal de nulidad, que no obsta a las demás que se refieren a la competencia y conformidad con el ordenamiento jurídico que contempla el artículo 105 del Código, porque, ante todo, lo que se obtiene por el silencio administrativo debe conforme al ordenamiento jurídico, y muy precisamente, a los requisitos que éste exige para ganar un derecho.

La invalidez de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo podría ser solicitado mediante un tercero perjudicado, mediante recurso, o promovido de oficio por la misma administración pública, a través de su facultad de revisión, como señala el artículo 106 del Código:

“Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente”.

En la actualidad, como dispone el artículo 115 del Código, *no es necesaria la declaración de lesividad cuando se trata de actos nulos*, esto es, de actos que tengan vicios insubsanables, lo cual, según resulta de dicha norma, sólo se exigiría para los actos legítimos o con vicios subsanables:

“Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables”.

Esta norma contiene una superación de la tradición jurisprudencial que determinaba que aun cuando se sospeche la nulidad de un acto administrativo expreso o de lo ganado por el silencio administrativo, era necesario acudir al procedimiento de lesividad para eliminar al acto viciado del ordenamiento jurídico, pues se consideraba que el denominado “acto administrativo presunto” gozaba de las presunciones de legitimidad y ejecutividad:

“QUINTO: En lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha señalado reiteradamente: 1) Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador: De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios inconvalidables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos.- *La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presuma legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no han operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la Ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto*

administrativo no ha sido ya solicitada.- Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad; de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los Tribunales Distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar” (La cursiva no es del texto).<sup>238</sup>

En nuestra opinión, la solución nueva que implementa el Código Orgánico Administrativo es contraria a la seguridad jurídica y dota de un privilegio injustificado a la Administración pública, el mismo que bien podría hacer inoperante al efecto legal del silencio administrativo, nada menos, que a través de una facultad de la misma autoridad administrativa. De este modo, la autoridad incumplidora de su deber de resolver, tendría una válvula de escape de los efectos legales del silencio administrativo a través de su facultad de revisión y de la posibilidad de declarar nulo a lo ganado por silencio administrativo.

Esto no sucedía cuando a la Administración pública se le exigía cumplir el procedimiento de lesividad, pues un tercero imparcial, el juez, era quien determinaba si existía o no nulidad de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo.

#### 4. Ejecución del silencio administrativo

Por último, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo establece el procedimiento para hacer valer lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo:

“Art. 207.- Silencio administrativo [...]

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como *título de ejecución en la vía judicial*. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios inconvalidables, esto es, aquellos que incurrir en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud”.

El propio Código, en la disposición reformativa primera, incorporó para efectos de ejecución de lo ganado por el silencio administrativo, la siguiente norma al Código Orgánico General de Procesos:

“5. A continuación del artículo 370 incorporase el siguiente artículo:

<sup>238</sup> Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, N.º 5, p. 2033.

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

“Artículo 370 A.- Ejecución por silencio administrativo.

Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.”

A su vez, el Código Orgánico Administrativo, sustituyó el número 4 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos y eliminó de los procesos contencioso administrativos especiales al del silencio administrativo.

En suma, se incorporó un cabal juicio de ejecución con la *sui generis* característica de que el juez debe, dentro del proceso, analizar la validez o nulidad de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo. En caso de que el denominado “acto administrativo presunto” adolezca de vicios insubsanables, se desecharía la solicitud de ejecución.

En rigor, dada la exigencia de calificar si lo ganado por el efecto legal del silencio es válido o inválido, aquel proceso se acerca más a un proceso de conocimiento que a uno de ejecución, o por lo menos, no se trataría de un proceso de ejecución puro. Como dice Jesús González Pérez:

“El efecto característico de las pretensiones de conocimiento o declaración es que en ellas se solicita del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad. En razón del tipo de declaración que se solicita, se han distinguido tres tipos de pretensiones, y, por tanto, de proceso: declarativas, constitutivas y de condena”.

El autor citado indica que la pretensión y proceso de declaración se dirige al reconocimiento de algo existente, como precisamente sucede con la declaración de validez o de nulidad. La pretensión y proceso constitutivo, por su parte, no se limitan a la declaración de validez o de nulidad, sino que se agrega la petición del nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica. Por último, el proceso y la pretensión de condena significan que se establece algún elemento a cargo de la Administración pública que hace posible la ejecución en su contra.

Jesús González Pérez indica que en tanto se admitan procesos contencioso administrativos de condena, existirán procesos de ejecución, en los cuales se pretenderá del órgano jurisdiccional no una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, un hacer, a fin de ejecutar el mandato contenido en la sentencia, contra la voluntad del obligado.<sup>239</sup>

<sup>239</sup> González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Bogotá, Temis, 1985, pp. 11-12.

En nuestra opinión, lejos está de ser un proceso de ejecución el previsto para el silencio administrativo, además de que constituye un craso error la incorporación del artículo 307A al Código Orgánico General de Procesos. Esta simplificación del trámite para ejecutar lo ganado por silencio administrativo, no se compadece para nada con la exigencia del inciso final del artículo 207. Si se quiere ser coherentes con ésta última disposición, no basta una simple solicitud de ejecución, sino que hay que demostrar que lo pretendido en relación con el efecto legal del silencio es válido, y por tanto, el proceso debe tener las etapas suficientes para dar cabida a este análisis de fondo. Jamás podría considerarse a aquello como una simple ejecución, sino como un proceso de conocimiento en el cual hay que analizar la validez de lo ganado por el silencio administrativo.

#### IV. Reflexiones Finales

En este punto, sin ninguna intención de menospreciar argumentaciones favorables a la técnica del efecto legal del silencio administrativo, y menos aun, de vana prepotencia frente a opiniones ajenas, creemos tener derecho a ratificarnos completamente en las razones y criterios que expusimos hace varios años en diversas publicaciones y que nos llevaron a afirmar que la única fórmula que hace honor al derecho de petición del administrado es la respuesta expresa y fundamentada de la Administración pública.<sup>240</sup>

El efecto legal del silencio no pasa de ser una solución muy modesta, que debería ser excepcional y que jamás podría generalizarse como reacción a la incuria de la Administración pública. Otorgar un efecto legal favorable al hecho ilícito del silencio administrativo, aun cuando se diga que genera un derecho autónomo, aun cuando se afirme que puede ser ejecutado inmediatamente, o bien, aunque se crea que facilita el ejercicio de los derechos, en la práctica no pasa de ser una quimera que carece totalmente de efectividad, por más ingeniosas que sean las técnicas que se han intentado para hacer valer lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo.

Tampoco se logra evitar al administrado el peso –o mejor dicho, la cruz– de acudir a los tribunales ecuatorianos. Bien se ha dicho que daría lo mismo si el efecto legal del silencio administrativo fuera negativo. En efecto, por más aparentemente ejecutivo que sea el proceso que se inicia con ocasión del silencio, no puede pedirse al juez que caiga en la irresponsabilidad de dejar de apreciar si aquello que se reclama tiene cobijo del derecho. El silencio, por definición, es ausencia de pronunciamiento, y aun cuando el derecho otorgue un efecto estimatorio, se precisa realizar en el proceso el análisis que dejó de hacer la Administración pública negligente. En este aspecto, la sentencia que dicta un juez bien puede negar lo solicitado por el administrado.

<sup>240</sup> Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, "El Silencio Administrativo en la Legislación Ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual", Quito, *Revista Ruptura*, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, No. 46, 2003. También, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2005; *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2007.

## OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El Código Orgánico Administrativo no ha reparado en esta problemática. A lo largo de este trabajo, hemos puesto de manifiesto que adolece de deficiente técnica legislativa y, sobre todo, de falta de congruencia entre todas sus partes, sin dejar de lado la ausencia de regulación de varias temáticas importantes.

En definitiva, es preciso plantearse la posibilidad de que el efecto legal estimatorio del silencio administrativo se reserve a casos taxativamente previstos en la ley y que la regla sea la del efecto denegatorio.

No obstante, no hay que perder de vista que el derecho de petición es un derecho constitucional que merece la debida efectividad. Pero ello no depende de otorgar un sentido al silencio administrativo, sino de combatir definitivamente la ilicitud que comporta la falta de pronunciamiento de la Administración pública. Esta temática implica, a su vez, el análisis de las trabas, vicisitudes y problemáticas que impiden el pronunciamiento administrativo oportuno, lo cual excede al propósito de este trabajo.



# EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE INCLUSIÓN SOCIAL

LEONARDO MASSIMINO

## Resumen

Este trabajo se refiere a la inclusión y a la exclusión desde el punto de vista jurídico, así como a los obstáculos existentes para el acceso efectivo a la proclamada política pública inclusiva, destacando el rol que le toca cumplir al Derecho Administrativo en el planteo de las soluciones a tales tropiezos. Aborda también este estudio la necesidad de racionalizar la utilización de los siempre escasos recursos públicos, en orden a la eficacia del acceso a los derechos. Es claro al afirmar que las intervenciones públicas—expresadas en políticas públicas en general o categorías administrativas en particular— aunque se propongan obtener

una mayor inclusión social de los grupos o colectivos excluidos, no producen, en términos generales, los resultados que persiguen.

## Palabras claves

Inclusión social, políticas públicas, Derecho Administrativo, Estado constitucional y social de Derecho, sistema jurídico, límites de derechos.

## I. Introducción

La concretización del Estado social y democrático de derecho -o Estado constitucional y social de derecho- presenta variados y crecientes desafíos y tensiones en la realidad de nuestros países. Sin lugar a dudas, la cuestión de la inclusión o exclusión—social, cultural, política, etc.- de importantes colectivos de personas en general y de grupos determinados de ciudadanos en particular, es una de las más preocupantes. Por esa razón y teniendo en cuenta que la temática motiva significativos debates interdisciplinarios, corresponde indagar brevemente respecto del modo en que en el campo del derecho puede abordarse esta cuestión en la búsqueda de propuestas y soluciones.

En esa dirección y en términos generales, puede afirmarse que el diseño normativo fundamental de los Estados iberoamericanos -salvo casos particulares-, contienen disposiciones que, expresa o implícitamente, pregonan el acceso de todos los ciudadanos a las políticas públicas, se focalizan en el bienestar general y son respetuosas de la dignidad humana. Sin embargo, se observa que la implementación de tales propósitos encuentran un sinnúmero de obstáculos que impiden su efectivización en la experiencia vital de los ciudadanos comunes.

A partir de tales premisas es preciso indagar en torno a la pregunta de qué rol cumple el derecho administrativo en esa problemática; o, en otras palabras, qué responsabilidad cabe a esta rama del derecho en estas cuestiones, si es que ello ocurre.

En este trabajo sostendremos que las intervenciones públicas – expresadas en políticas públicas en general o categorías administrativas en particular-, aunque se propongan obtener una mayor inclusión social de los grupos o colectivos excluidos, no producen, en términos generales, los resultados que persiguen. Por el contrario, en muchos casos generan consecuencias o efectos contrarios a los que procuran; es decir, profundizan la problemática que pretenden solucionar. Ello así por cuanto el diseño normativo se focaliza principal – y casi excluyentemente– en enunciados de interés público – que nadie niega- sin reparar en medios o instrumentos concretos que coadyuven a que los sujetos internalicen las consecuencias de sus conductas de modo solidario y responsable.

El desafío que se presenta en ese contexto consiste en reparar u elaborar en herramientas, técnicas o soluciones normativas que contemplen y permitan superar esta situación procurando una asignación más eficiente de los recursos disponibles –siempre escasos-; y de este modo, viabilizar que las políticas públicas logren de un modo más efectivo los cometidos que persiguen.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, formularemos algunas distinciones conceptuales. Posteriormente, nos referiremos a la intervención estatal y las categorías en el derecho administrativo argumentando que, más allá del enfoque clásico, hay mirandas atentas al modo en que ellas se realizan y sus consecuencias en materia social. Luego haremos referencia a algunas cuestiones prácticas vinculadas a estos enfoques en las que debería reparar el derecho público. Finalmente, se expondrán algunas consideraciones a modo de conclusión.

## II. Exclusión e inclusión social. Digresiones necesarias

¿De qué hablamos cuando hablamos de exclusión social? Los términos *inclusión* y *exclusión* son referenciales en cuanto hacen alusión a un objeto o situación determinado. Así, el diccionario de la Real Academia Española (vigésimo segunda edición) define “*excluir*”: (del lat. *Excludere*) tr. *Quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba. Excluir a alguien de una junta o comunidad. Excluir una partida de una cuenta. 2. Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo. Los datos excluyen una hipótesis contraria a ellos. 3. Dicho de dos cosas: ser incompatibles....”*.

Por su parte, define “*incluir*”: *Del lat. Includere. Tr. Poner algo dentro de otra cosa o dentro de sus límites. 2. Dicho de una cosa: contener a otra o llevarla implícita....”*.

Teniendo en cuenta estos conceptos y en lo que aquí interesa, cabe recordar que se ha dicho que la exclusión social está muy relacionada con los procesos que más se vinculan con la ciudadanía social, es decir, con aquellos derechos y libertades básicas de las personas que tienen que ver con su bienestar (trabajo, salud, educación, formación, vivienda, calidad de vida).

Además, el concepto de exclusión social debemos entenderlo por oposición al concepto de integración social como referente alternativo, esto es, el vocablo exclusión social implica una cierta imagen dual de la sociedad, en la que existe un sector integrado y otro excluido. Así pues, el sector excluido se encuentra al margen de una serie de derechos laborales, educativos, culturales, etc., es decir, de una calidad de vida que se ha alcanzado y garantizado a través de los Estados de Bienestar<sup>241</sup>.

### III. Las categorías de Derecho Administrativo y la inclusión social

La intervención pública – aunque mínima–siempre supone un propósito de interés público que debe ser satisfecho. En el mismo sentido, las distintas categorías de derecho administrativo – acto administrativo, contrato administrativo, servicio y empleo público, etc.- se construyen en torno a esa noción de interés público, el cual es su nota relevante y definitoria<sup>242</sup>. En ese entendimiento, las implicancias conceptuales y normativas de estas categorías no pueden prescindir de sus consecuencias prácticas razón por la cual también pueden – y deben- ser estudiadas y analizadas considerando los efectos redistributivos que ellas importan.

Así por ejemplo, en materia contractual, se ha planteado que, a partir de los datos estadísticos oficiales en materia de pobreza e indigencia, de acceso al trabajo de personas con discapacidad y discriminación por cuestiones de género, así como los que surgen de informes de expertos y de organizaciones sociales, es vital trabajar el instituto del contrato público, no solamente desde el punto de vista del respeto a las garantías de los particulares o como instrumento de mera satisfacción de las necesidades públicas, sino como una herramienta esencial de uso habitual en la planificación estratégica trazada dentro del marco de una política pública tendiente a la superación de los problemas de exclusión social señalados precedentemente<sup>243</sup>.

De igual modo, en materia de servicio público, recuerda Rodríguez Arana<sup>244</sup>, el artículo 130.1 de la Constitución española reclama a los Poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene Pérez Hualde, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia.

241 JIMENEZ RAMÍREZ, Magdalena, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 1: 173-186, 2008, Ensayos. Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo. Departamento de Pedagogía. Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad de Granada, Campus de Cartuja s/n, Granada 18071, España. E-mail: madji@ugr.es

242 MEILÁN GIL, José Luis. El proceso de la definición del Derecho Administrativo. Madrid. Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

243 ANTIK, A. (2017). Los contratos administrativos como herramienta de inclusión social. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 4(2), 25-42. <https://doi.org/10.14409/rr.v4i2.7111>.

244 RODRIGUEZ ARANA, MUÑOZ, Jaime, El derecho administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social), año 15–n. 60 | abril/junho – 2015, Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210, A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional.

Continúa afirmando que este profesor argentino parece situar el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, unas necesidades, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico, el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades todas ellas que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.<sup>245</sup>

Vemos entonces que las categorías del derecho administrativo, algunas de las cuales hemos mencionado a modo de ejemplo, también son susceptibles de análisis atentos a las implicancias sociales y prácticas que producen. En otras palabras, también pueden ser analizadas como herramientas e instrumentos de planificación y diseño de políticas públicas destinadas a promover una mayor inserción social.

#### IV. La limitación de derechos. Tendencias

El fenómeno de la actividad interventora del Estado es abordado modernamente mostrando una preocupación creciente por las consecuencias o los efectos que esas intervenciones producen en el ámbito de los derechos de los ciudadanos o de la sociedad en general y un propósito cada vez más tuitivo de los derechos de los particulares.<sup>246</sup>

Si bien estas tendencias y los nuevos modos de abordar estas cuestiones provienen algunos del campo económico y otros de la ciencia jurídica, es posible identificar en todos los casos un fundamento común de la intervención estatal que va adquiriendo una fisonomía diferente mucho más fértil en nuestros estudios.<sup>247</sup>

Es que la mutación del centro de gravedad en el estudio de la potestad reglamentaria del Estado desde la necesidad de reafirmar el poder del Estado hacia el compromiso de proteger los derechos de la persona por sólo el hecho de “ser” persona y formar parte de una comunidad, importa un cambio paradigma que trastoca el modo que, hasta el presente, abordábamos esta temática<sup>248</sup>.

En cambio, los modelos teóricos clásicos empleados para abordar la intervención estatal en general y la administrativa en particular, son, como sucede con los análisis propios de la ciencia del derecho, predominantemente generales y abstractos—y, como tales,

245 PEREZ HUALDE, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. In: EMBID IRUJO, A. (Director). Derechos Económicos y sociales. Madrid: lustel, 2009, p. 93-94.

246 MASSIMINO, Leonardo, “La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias, Revista de Direito Económico Socio ambiental”, Curitiba, Brasil, v. 6, n. 1, p. 36-63, jan./jun. 2015, p. 36.

247 La doctrina ha consolidado este tipo de enfoques. Al respecto, ver, por ejemplo, SOLA, Juan Vicente, Constitución y Economía, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2004. RIVERA, Julio César, Economía e interpretación jurídica, La Ley, 09/10/2002, entre otros.

248 En forma concordante con esta evolución que requiere mayores recaudos de especificidad que ha de reunir la noción de interés público puede verse RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, El interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar, Syntagma, lustel, Madrid 2012.

se expresan con juicios del *deber ser*-, sin detenerse demasiado en la consideración de los efectos prácticos de esas normativas.

De paso cabe decir que la problemática de la intervención pública – o poder de policía si es que se insiste en mantener esa nomenclatura- debe entenderse en una concepción servicial subordinada a la particular naturaleza de los derechos sobre los que recae la intervención y su razonabilidad reinterpretarse a la luz de los condicionamientos y/o los límites que encuentra la tarea reglamentaria.

Consecuentemente, las decisiones públicas que han de estar integradas con estudios interdisciplinarios y particularizados que presten atención a la eficiencia y consecuencias de esa intervención. Recordemos aquello de que las políticas públicas no sólo muchas veces no logran los resultados que persiguen sino que, en ocasiones, logran resultados distintos a los que persiguen; de allí que se observa, por ejemplo, que los ricos son cada vez más ricos y los pobres más pobres. En ese estado, es necesario comprender el rol adaptativo que producen las intervenciones públicas en la práctica y, en su caso, algunas herramientas que permitan tener en consideración los aspectos que venimos señalando.

#### **IV. La mirada del tema desde la teoría de los sistemas**

Bajo la perspectiva de los conceptos de la “teoría de los sistemas” llegamos a conclusiones análogas a lo que venimos expresando. En efecto, recordemos que Bunge defiende que el mundo es un sistema de sistemas, es decir que toda cosa concreta (todo lo que existe) es un sistema o parte de algún sistema. Desde esta perspectiva, los elementos de que suministra esa teoría nos permite comprender el comportamiento de las intervenciones públicas y los resultados que ellas producen<sup>249</sup>.

Los sistemas pueden ser “conceptuales” o “concretos”, según se refieran a “conceptos, normas” o a comportamiento materiales o físicos, respectivamente. Desde esa perspectiva sistémica, la intervención administrativa no puede prescindir de sus implicancias prácticas y el modo en que estas, a su vez, deberían retroalimentar a las primeras. En cualquier caso, entonces, las decisiones adoptadas están destinadas a producir efectos prácticos que inciden en el entorno y éste, a su vez, condiciona el marco de la intervención pública.

#### **V. El rol adaptativo de las intervenciones públicas**

Las políticas públicas encaminadas a promover la inclusión social de los sectores más vulnerables suelen, en muchos casos, ver frustrados sus propósitos pues generan, aunque resulte paradójico, el efecto contrario; es decir, que quienes tienen más, acumulen más riqueza; y que quienes tienen menos, se empobrezcan más.

<sup>249</sup> BUNGE, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1995, P. 199.

Es que los marcos institucionales, normativos y/o las políticas públicas—como cualquier intervención pública— generan, además de derechos y obligaciones para los sujetos comprendidos, sistemas implícitos de premios y castigos, cuyos incentivos son decisivos al momento de tomar decisiones.

En otras palabras, las intervenciones públicas distorsionan de alguna manera, la asignación de esos derechos y obligaciones previstos normativamente, creando incentivos y desincentivos artificiales para la realización de actividades sociales, económicas, etc. y por ende, afectan negativamente la asignación de recursos y el crecimiento equitativo de la población.

En efecto, si bien la explicación de este fenómeno excede largamente el propósito de este trabajo<sup>250</sup>, sólo cabe decir que como los sujetos tienden a maximizar su utilidad, toda vez que existe una restricción externa (*constraint*) que les impide fijar los términos de su intercambio libremente en algún aspecto, el ajuste se realiza en función de algún otro atributo (por ejemplo, si hay control de precios, la calidad del producto o prestación disminuye).

Cabe decir que, cuando la intervención incide entre partes que actúan por cuenta propia —y éstas tienen similar poder de negociación—, difícilmente aquélla logre su objetivo pues nadie está dispuesto a transferir riqueza a un tercero gratuitamente. En estos casos, los intervinientes tienen derechos de propiedad sobre las consecuencias de la intervención.

En cambio, cuando en la intervención participan terceros que tienen capacidad discrecional para administrar el beneficio o perjuicio que resulta de la misma, el ajuste posiblemente no se realice a través de la alteración de los atributos del bien, sino mediante la apropiación de sus resultados por parte de dichos terceros (por ejemplo, corrupción del inspector de precios o del gerente de banco del funcionario que otorga subsidios). Esto se debe a que no existe derecho de propiedad sobre las consecuencias de la intervención.<sup>251</sup>

Aunque podamos no compartir las consideraciones anteriores en cuanto postulan una visión más individual del comportamiento de las personas, es dable conceder que la realidad que observamos parece darles crédito toda vez que la exclusión social de la que estamos tratando responde por ejemplo a ese temperamento.

## VI. La cuestión de los límites de los derechos

Las manifestaciones que venimos formulando nos enfrentan, entonces, a la afirmación de que los derechos sobre los que recae la reglamentación y/o la intervención estatal no son absolutos sino que los derechos llevan u tienen en sí mismos un carácter limitado

250 BUSTAMANTE, Jorge, Desregulación. Entre el derecho y la economía, Abeledo Perrot, 1993, p. 83.

251 El mismo autor analiza las distintas formas de ajuste según una clasificación de regulaciones que propone.

o relativo y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o dicho de otro modo, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etc.

En tal sentido y si bien la dicotomía “límites” y “limitación de derechos despierta cierto interés teórico, sí puede resultar útil la dualidad de límites objetivos y límites subjetivos<sup>252</sup>. Límites objetivos serían los intrínsecos que derivan de la propia naturaleza del derecho y de su función social, así como de las limitaciones externas que se imponen a su ejercicio por causa de los derechos de terceros, de la moral pública, del orden y, para quienes aceptan que el bien común es un límite, también por razón del mismo bien común. Límites subjetivos serían los provenientes de la actitud del sujeto titular del derecho, que los ejerce de buena fe, funcionalmente, y en subordinación a los límites objetivos.<sup>253</sup>

Los límites objetivos y subjetivos pueden no ser respetados en cuyo caso el titular incurso en esa responsabilidad no merece la protección que tutela a los derechos. Es decir, como se ha señalado, los derechos ejercidos con extralimitación no son acreedores a la defensa y protección que se les dispensa normalmente<sup>254</sup>.

Los derechos poseen, en definitiva, determinados límites –si es que se prefiere continuar con el uso de la expresión- que están demarcados por el contenido esencial –o simplemente el contenido- del derecho, lo cual delimita no sólo el ejercicio por parte de su titular sino también el modo en que se conjuga con el ejercicio que otros realicen de sus propios derechos.<sup>255</sup>

Estas afirmaciones nos conducen a revisar axiológicamente el tema bajo estudio.

### **VIII. ¿“Intervención mínima y libertad solidaria” ó “Intervención y libertad responsables”?**

A esta altura del análisis cabe preguntarse si aquella famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado según la cual, en relación al rol del derecho administrativo, pregonaba “Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible” y que es recordada por prestigiosa doctrina<sup>256</sup>, responde axiológicamente a las exigencias de eficiencia en las que venimos reparando.

252 PECES BARBA, Derechos Fundamentales, 3 ed., Madrid, Latina Universitario, 1980, p. 110 y ss.

253 BIDART CAMPOS, Germán, Teoría... op. cit., p. 221.

254 Esta afirmación lleva a considerar que es impropio hablar del “abuso” de los derechos fundamentales por cuanto, en realidad, si el abuso de derecho significa algo, es, sin más, la ausencia de derecho, la falta de derecho y/o de la obligación (cfr. SERNA, Pedro, TOLLER, Fernando, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos. La Ley, 2000, p. 98.

255 SERNA, Pedro, TOLLER Fernando, ...op. cit., p. 44.

256 RODRIGUEZ ARANA, Jaime, ... op. cit. p. 33.

Sin lugar a dudas, se trata de una proposición que remite a un necesario equilibrio que debe existir entre la intervención estatal y la libertad de las personas. Por cierto, como advierte Rodríguez Arana, el fin del Estado reside en el libre y solidario desarrollo de las personas. Y para ello el Estado ha de asumir este compromiso cuando las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

Teniendo en cuenta esos conceptos, debe repararse, como lógica consecuencia de los argumentos que venimos exponiendo, en que los tiempos que corren exigen un *plus* que en el comportamiento social de los individuos (que ha de ser no sólo solidario); y del Estado cuando asista en defecto de los particulares (que ha de ser no sólo imprescindible).

Es que parece relevante asumir, como se dijo, que las relaciones humanas se basan en intercambios en el marco de los cuales las personas tienden a reducir costos y maximizar sus beneficios<sup>257</sup>; y que la intervención estatal tendiente a encauzar el comportamiento de las personas puede tener fallas o imperfecciones.

En ese estado, el desafío consiste en estar atentos a esta situación y prever mecanismos normativos que promuevan que los sujetos (públicos y privados) efectivamente prevean e internalicen las consecuencias de sus conductas, sin que otros – generalmente los menos favorecidos e indefensos-, deban asumir o responder por esas implicancias. Es decir, deben buscarse esquemas de intercambio en los que los sujetos realicen negociaciones e internalicen las consecuencias de sus decisiones y que, además de promover esos comportamientos, respondan por sus propias conductas y efectivamente coadyuven a quienes menos tienen. En otras palabras, promover esquemas o soluciones normativas en las que los sujetos – tanto públicos como privados- sean responsables individual y socialmente de sus propias decisiones promoviendo que, los esquemas solidarios se concreten efectivamente.

## **IX. Los límites al acceso de ciertos derechos. La cuestión de los costos**

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. El acceso a los derechos sociales (vgr. vivienda, educación, etc.) requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer un derecho específico en cabeza de un determinado colectivo de beneficiarios.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> Sacristán recuerda la preocupación de Holmes y Sunstein: “Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...) Todos los derechos son costosos porque todos los derechos

La jurisprudencia aludida permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados<sup>259</sup>. Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos – que, por cierto, nadie niega- sino tener presente los costos que importa su reconocimiento<sup>260</sup>.

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, por ejemplo, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas<sup>261</sup>.

En relación al tema de los costos, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad)<sup>262</sup>. Entre los primeros, por ejemplo, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes.

### **X. Derechos en los que “se está” y derechos en los que “no se está” y a los que “hay que acceder”.**

Se ha dicho que, en la *orbe* de los derechos humanos hay derechos en los que “se está”, y los hay en los que “no se está” y a los que “hay que acceder”<sup>263</sup>.

Ejemplifica Bidart Campos, a quien seguimos en este punto, que si yo tengo una propiedad, mi derecho de propiedad es un derecho en el que estoy. O sea, tengo su goce y su ejercicio, puedo usar mi propiedad, rentarla, enajenarla, habitar en ella. Igualmente

---

presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad” (Ver SACRISTÁN, Estela, “Profecías o sorpresas: Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, ED, Buenos Aires, 2012, t. 248, ps. 1092/1100).

259 Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12.

260 En relación a las teorías que reparan en los costos emergentes de las decisiones estatales, ver MASSIMINO, Leonardo, .... op. cit. ,p, 36.

261 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas... .op. cit. p.1092 y ss.

262 El caso de estos últimos afirma Sacristán ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte en el fallo “F., A. L.”, del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de “derecho a abortar” o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto.

263 BIDART CAMPOS, Germán, Teoría de los derechos humanos, Astrea, 1991, p. 23.

si he ingresado a un sindicato, a un partido político, a una sociedad mercantil; o si estoy estudiando en la universidad, o cuento con un servicio social para atender mi salud.

Pero si yo formo parte de un sector marginal de la población, y no encuentro trabajo, y no puedo cubrir la educación de mis hijos, ni obtener una prestación de salud cuando la preciso, ni una vivienda decorosa para mi núcleo familiar, debo decir que otros tantos derechos me quedan impedidos en su ejercicio. Son derechos a los que (usando la concesión del vocabulario) tengo “derecho de acceder”, porque no estoy en su disfrute, porque me es imposible con mi propio esfuerzo alcanzar su goce y ejercicio. Es probable que allí necesito libertad “para”. Y este “para” apunta a facilidades que, si realmente damos por cierta la existencia de los respectivos derechos bloqueados, alguien debe poner a mi disposición ¿Será viable convertir a alguien en sujeto pasivo obligado a una prestación en sujeto pasivo obligado a una prestación positiva frente a mí, para satisfacer los derechos en que “no estoy” y a los que “tengo que acceder”? Sin son derechos humanos hay que transitar el tramo hacia y hasta el acceso. Si estas libertades “para” son jurídicas, alguien (sujeto pasivo) tiene que aparecer razonablemente “para facilitarme –mediante cumplimiento de una obligación a mi favor- la disponibilidad de aquel acceso o, directamente, la prestación que necesito.

La problemática es ardua. El constitucionalismo social, y su correspondiente “Estado de bienestar o Estado social de derecho procuran asumir la solución pero ello no consiste en formular normas en el teto de una codificación constitucional o caso infraconstitucional- sino en que, con esas normas o sin ellas, los derechos en los que “no se está” y a los que “hay que acceder” adquieran efectividad, es decir, lo que en lenguaje iusfilosófico nosotros llamamos “vigencia sociológica. En suma, parece que, desde el ángulo de la estimativa axiológica, debe lograrse que se eliminen los derechos “no se está” y que se conviertan en derechos accesibles.

Por supuesto que no se pretende eliminar el mantenimiento, la tutela y, si es menester, la reposición de los derechos en que “se está”. Pero sí se pretende – y lo exige el valor justicia- que no haya ningún para ningún hombre derechos inaccesibles, derechos cuyos itinerario de acceso resulte imposible recorrer, derechos en los que “no se está” y, seguramente, nunca se podrá estar.

Otra vez, entonces, se torna imperiosa la distribución razonablemente igualitaria de la libertad para capacitar a quien obstruido el camino desde los derechos en que “no se está” hasta la posibilidad de disponerlos como asequibles. Las libertades formales tienen que transformarse en libertades reales, para que la libertad no quede insularizada en favor de algunos, sino que circule en toda la sociedad con disponibilidad de acceso y disfrute por todos sus integrantes.

## **XI. ¿La exclusión como una característica *natural* del todo social?**

Hay otras miradas respecto del tema de la exclusión social en el futuro. En tal sentido, por ejemplo, Harari, uno de los pensadores más difundidos de la actualidad, postula que en el mundo que viene, en 30 años, el cuarenta por ciento de la población mundial sostendrá al restante setenta por ciento. Según esta posición ya no se tratará de inclusión o exclusión social, personas capaces o incapaces, grupos favorecidos o desfavorecidos, sino de un esquema natural en el que la humanidad deberá encontrar, para su subsistencia, mecanismos de equilibrio y convivencia social superadores y respetuosos del conjunto.

Es que, en tal escenario imaginario, aún con todas las vicisitudes que pueda presentar en el futuro, de igual modo deben promoverse esquemas en los que existan comportamientos sociales responsables, lo cual conduce a revisar, como venimos postulando, el rol de la intervención estatal pues, caso contrario, podrían profundizarse situaciones no deseadas.

## **XII. A modo de conclusión**

La premisa inicial de este trabajo es que las intervenciones públicas – expresadas como políticas públicas o categorías administrativas-, aunque persigan una mayor inclusión social, no sólo no producen, en términos generales, los resultados que persiguen; sino que, por el contrario, en muchos casos generan consecuencias o efectos contrarios a los que persiguen. Es decir, profundizan la problemática que pretenden solucionar. Ello porque el diseño normativo se focaliza principalmente en enunciados de interés público—que nadie niega- sin reparar en instrumentos concretos que coadyuven a que los sujetos internalicen las consecuencias de sus conductas de modo solidario y responsable.

En consecuencia, el desafío que se presenta en ese contexto consiste en reparar y proponer herramientas, técnicas o soluciones normativas o no que contemplen y permitan superar esta situación procurando una asignación más eficiente de los recursos disponibles –siempre escasos-; y de este modo, viabilizar que las políticas públicas logren de un modo más efectivo los cometidos que persiguen.

En definitiva, la intervención y categorías administrativas cumplen una función instrumental ya que son herramientas que utiliza el Estado para lograr una mayor inclusión social. Desde esa perspectiva, su empleo correcto o incorrecto dependerá, en definitiva, de que promuevan conductas – individuales y públicas- eficientes y responsables.

En otras palabras, como enseña Bidart Campos, se torna imperiosa la distribución razonablemente igualitaria de la libertad para capacitar a quien obstruido el camino desde los derechos en que “no se está” hasta la posibilidad de disponerlos como asequibles.

## LEONARDO MASSIMINO

Las libertades formales tienen que transformarse en libertades reales, para que la libertad no quede insularizada en favor de algunos, sino que circule en toda la sociedad con disponibilidad de acceso y disfrute por todos sus integrantes.

# EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

JORGE BENAVIDES ORDÓÑEZ<sup>264</sup>

## Resumen

Este estudio destaca los valores del constitucionalismo social, y por lo mismo la relevancia histórica de las Constituciones de Weimar de 1919 y de México de 1917; ésta última especialmente garantista de derechos sociales. Destaca asimismo la evolución del Estado liberal de Derecho, caracterizándolo desde diversos puntos de vista, al social y democrático de Derecho; así como la conquista de la igualdad formal y su tránsito hacia la igualdad material. Luego de este recorrido se centra notablemente en el sufragio, concluyendo que sin la garantía previa de la igualdad en el plano de las relaciones políticas no puede existir posteriores avances sustanciales en la dimensión social; o, en otras palabras, la igualdad de todos ante la ley electoral actúa como un prerequisite para la existencia del Estado de bienestar.

## Palabras claves

Estado liberal de Derecho, derechos sociales, igualdad formal, Constitución de Querétaro de 1917, sufragio, Estado social y democrático de Derecho, igualdad política.

## A modo de introducción

Cuando a fines del siglo XVIII en Europa surge el Estado liberal, primera variante del Estado de Derecho, el proceso decisional y, con ello, la construcción de la voluntad pública se trató de un espacio reservado a determinados individuos. En el sentido de que la normativa electoral en los Estados liberales del siglo XIX contemplaba el sufragio censitario. De ahí que se podía hablar de una relativa igualdad formal ante la ley, y por lo tanto no se podía considerar que existía una igualdad plena en el ejercicio de las libertades política, pues, se excluía a grandes sectores del pueblo de participar en el proceso decisional. En definitiva, no todos eran considerados iguales ante la ley electoral.

Es recién a partir del final del siglo XIX y con el arribo del siglo XX, en que con la llegada del sufragio universal<sup>265</sup>, se proclama la igualdad política de los ciudadanos frente a la ley electoral. Lo dicho supuso que el Estado liberal acabe transformado en un Estado

---

264 Doctor y Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla, abogado Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad UTE, profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, y profesor invitado de la Universidad Católica de Guayaquil.

265 El sufragio universal es aquel que concede a un gran porcentaje de la población el derecho a voto, tanto para elegir representantes, como para tomar decisiones. Imponiendo en consecuencia unos requisitos mínimos para su ejercicio, tales como la nacionalidad, el goce de los derechos políticos, cierta edad y facultades mentales plenas.

democrático. Dicho tránsito permitió la consagración consistente de una igualdad formal ante ley, en la medida en que se observaba como iguales a los individuos, tanto desde el plano de su vida personal, así como respecto de lo público.

Sin embargo, dicha igualdad formal aún no era material, debido a que las diferencias económicas entre las personas no eran todavía un asunto de incumbencia directa por parte del Estado. Dicho escenario fue cambiando cuando el Estado, frente a la presión social ejercida por organizaciones de trabajadores y por partidos políticos socialistas que representaban en los órganos democráticos a los intereses de las mayorías, exigieron la intervención de aquél en la regulación de determinadas prestaciones de corte social. En este contexto se inscribe la gran importancia que implican para el constitucionalismo mundial, la Constitución alemana de Weimar de 1919<sup>266</sup>, así como la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. La experiencia mexicana, ciertamente, a la par de consagrar la igualdad política de todos los ciudadanos, incluidas las mujeres por medio del sufragio universal, concomitantemente pasó a garantizar derechos de corte social en beneficio de las clases populares.

En las líneas que siguen se exponen algunas de las razones del por qué no se podía hablar de un Estado social sin que previamente se hubiera garantizado el derecho al sufragio universal. En este sentido en un primer momento se establece las diferencias entre el Estado absoluto respecto del de Derecho; posteriormente nos referiremos al Estado liberal como variante primigenia del Estado de Derecho. Seguidamente se intenta establecer la relación entre sufragio universal y el Estado social y democrático; para, finalmente, reflexionar sobre los aportes hechos por la Constitución de Querétaro de 1917 respecto a la democracia social.

## 1. Diferencias entre el Estado absoluto y el Estado de Derecho.

Si bien la primera variante del Estado es el absoluto, toda vez que este supuso el inicio de la Modernidad y, con ello, el fin de la llamada “poliarquía medieval”; en la medida en que los distintos territorios se vieron regidos al poder central de una autoridad única, el Rey absoluto (Cotarelo, p. 18). Las características de la variante absoluta de Estado se diferencian claramente de los principios abrazados por el Estado de Derecho. No se debe perder de vista que fue precisamente con la Revolución francesa que se terminó con el Estado absoluto.

En este orden de consideraciones establecemos seguidamente algunos de los principales criterios que permiten distinguirlos, no sin antes señalar algunos aspectos

266 El artículo 151 de la Constitución de Weimar destaca su impronta social al señalar que: “La organización de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia al fin de garantizar a todos la procura de una existencia humanamente digna. Dentro de esos límites se debe proteger la libertad económica de los individuos”. No obstante, se debe decir también que, a dicha Constitución se le hicieron algunas observaciones, así a decir de Schmitt, en la Constitución de 1919 se manifestó una decisión política fundamental que abrazó la democracia constitucional. Y que bajo el epígrafe “derechos y deberes fundamentales de los alemanes” reunió programas basados en distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos, lo que en la práctica generaría algunos inconvenientes. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2011, p. 67.

## EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

compartidos por el modelo de Estado absoluto y el de Derecho. Así tenemos como respecto a las semejanzas, tanto en el Estado absoluto como en el de Derecho confluyen la centralización del poder soberano, eliminando la pluralidad de ordenamientos normativos que coexistían en tiempos medievales. De otro lado, en ambos modelos se procedió a delimitar el espacio territorial como elemento constitutivo del Estado, cuestión que se conserva hasta nuestros días. Por otro lado, en el plano cultural el surgimiento del Estado a fines del siglo XV, suscitó importantes cambios en la organización de la sociedad con el surgimiento de una sociedad moderna secularizada frente a una sociedad medieval de corte religiosa, en donde los valores colectivos giraban en torno a la divinidad<sup>267</sup>. En este sentido, como afirma Sotelo, “la originalidad del Estado consiste en constituir la primera forma de poder totalmente desacralizada” (Sotelo, p. 32).

En cuanto a las diferencias entre el Estado absoluto respecto del de Derecho, siguiendo a Díaz, diremos que aquellas se refieren a cuatro temas, a saber, político, sociológico, económico y jurídico. En efecto, la distinción desde una arista política implicó el tránsito del antiguo régimen en donde el poder del Monarca era ilimitado, a un Estado en que por principio el poder se encontraba limitado por el Derecho, estableciendo con este fin un complejo de instituciones. Desde una perspectiva sociológica, el tránsito implicó ir de una sociedad estamental en donde la nobleza y el clero tenían hegemonía sobre la burguesía y el resto de estamentos, a una sociedad clasista expresada en el dualismo, burguesía proletariado. En el plano económico, se pasó del sistema feudal a uno capitalista de producción. Desde el punto de vista jurídico, finalmente, se saltó de un ordenamiento jurídico desigual entre sujetos desiguales, que tuvo en los privilegios estamentales su expresión, a un “Derecho igual para individuos desiguales”, en donde; sin embargo, se garantizaba un importante número de libertades (Díaz, pp. 69-70).

En suma, la diferencia respecto al trato de las personas pasó del súbdito del que se hablaba en el Estado absoluto al ciudadano del Estado de Derecho, ciudadano portador de derechos y obligaciones. A continuación, nos referimos al Estado liberal en donde surgen conceptos como nación, ciudadano y derechos.

### 2. El Estado liberal o la primera variante del Estado de Derecho.

Como es bien sabido, el Estado liberal es expresión de la burguesía en contra del absolutismo. En efecto, la burguesía clase social ascendente posterior a la Revolución francesa, por medio de las Declaraciones de derechos y de las Constituciones impuso límites a los poderes, acabando, en consecuencia, con los poderes despóticos del antiguo régimen (Benavides, p. 2012). Si bien, se debe recordar que en Europa la Constitución, en los siglos XVIII y XIX, no se trataba de una Constitución norma jurídica con fuerza efectiva para regular la vida política de la comunidad; la expedición de

267 Como subraya Heller en la Edad Moderna, en oposición a cualquier interpretación trascendente del Estado, que reivindica la intervención de elementos suprahumanos, la concepción inmanente de aquél, propia de tiempos modernos, supone el carácter humano natural del Estado como forma de organización social. Herman Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 57.

Textos constitucionales constituyó un importante avance al dejar de observar al Rey como un poder absoluto y reconocer la existencia de unos derechos naturales de las personas previos al surgimiento del Estado.

Lo dicho hasta el momento se sintetiza en la afirmación de Locke que señala: “el grande y principal fin para que los hombres se unan en Estados y se sometan a gobiernos es la preservación de su propiedad<sup>268</sup>, hecho para el que faltan muchas cosas en el estado de naturaleza” (Locke, pp. 89-90).

Desde una perspectiva jurídica política el Estado liberal, continúa reservando el monopolio de la violencia, pero, en la medida en que dicha violencia está sujeta a Derecho, se trataría de un uso legítimo de la violencia (Cotarelo, p. 20). En efecto, se pasa de un poder absoluto que no obedece más que al arbitrio del Monarca, a una dominación racional legal en términos de Weber, caracterizada, entre otras cosas, por un Derecho establecido por la nación a través de un pacto con el fin de que sus miembros lo obedezcan, a su vez, ese Derecho es un conjunto de normas abstractas, articuladas hacia un fin; lo que da como resultado que cuando se obedece no se hace en función de acatar lo que dicta la autoridad *per se*, sino que se trata de obedecer al Derecho mismo. En consecuencia, cuando un individuo actúa contrariamente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico se determina los respectivos medios coactivos (Weber, pp. 77-79).

En el plano económico, el Estado liberal implementa el denominado liberalismo económico inglés, en donde a partir de las tesis de Smith, la riqueza de las naciones se encuentra en la capacidad que tienen para competir en el comercio internacional. Dicha tesis encuentra su correlato en el Estado mínimo, es decir, en un Estado que se abstiene de intervenir en el proceso productivo, reservando su actividad al mantenimiento del orden público y la defensa del Estado (Cotarelo, p. 20). En este contexto, no cabía intromisión estatal, en la medida en que se partía de relaciones entre individuos iguales, de ahí que la intervención estatal se da como señala Trujillo “ante estipulaciones de grave y manifiesta inequidad o injusticia” (Trujillo, p. 224).

Dicho abstencionismo estatal trajo consigo que la diferencia se acrecienta entre los que más tenían y los que no. Lo cual sumado a una discutible igualdad frente a la ley, toda vez que, por un lado, se aplicaba dicha igualdad en el plano contractual entre el dueño de los bienes de producción y el trabajador cuando de hecho no están en igualdad de condiciones (Trujillo, p. 223); en tanto que, por otro, se aplicaba la igualdad en los aspectos civiles y penales, pero no en los políticos, en la medida en que imperaba el sufragio censitario. Temas que, en definitiva, para los sectores populares constituyeron suficientes motivos movilizados contra los que luchar.

Las coordenadas del Estado liberal sugieren, por tanto, que la nación, entendida como el conjunto de personas que habiendo nacido en un mismo espacio territorial comparten una misma etnia, lengua, cultura, en fin un pasado histórico común, no operaba como

---

268 Locke entiende por propiedad, a la vida, la libertad y las posesiones.

## EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

base suficiente para que los no propietarios y analfabetos sean considerados ciudadanos plenos portadores de los mismos derechos. Ciertamente, como afirma Cotarelo, “el Estado liberal era un Estado de Derecho pero, al no respetar el principio de igualdad, no era un Estado democrático” (Cotarelo, p. 21).

En Ecuador ejemplo de este constitucionalismo no democrático son las Constituciones del siglo XIX, en donde para poder participar en la vida política se precisaba de elevados requisitos, sobre todo de carácter económico, los cuales tornaban al sistema excluyente; fenómeno que, dicho sea de paso, se reflejaba en otras Constituciones de la región. En efecto, en Ecuador la universalización del sufragio se dio bien entrado el siglo XX, con la Constitución de 1929, en donde se reconoció el derecho a sufragio a los ciudadanos hombres y mujeres mayores de 21 años que sepan leer y escribir; posteriormente el constituyente de 1946, consagró la obligatoriedad del sufragio para el hombre y facultativo para la mujer (Trujillo, p. 231). En todo caso es necesario tener presente que, aún los indígenas no participaban de la vida política plenamente, en la medida en que había una comprensión de lo público centrado en el mundo mestizo, lo cual sumado a la condición de pobreza que se reflejaba en el padecimiento de analfabetismo de gran parte de la población indígena, llevó a que se les privara de la ciudadanía y, por tanto, del derecho a voto.

En cualquier caso, no se puede dejar de decir que el Estado liberal implicó un importante paso en la consolidación de las libertades individuales, sobre las cuales se edificará el Estado democrático.

### 3. Sufragio universal y Estado social y democrático de Derecho.

La universalización del sufragio que permitió votar a los hombres así como a las mujeres mayores de edad, sin importar su situación económica, trajo aparejado el surgimiento de la Constitución democrática del siglo XX, la cual se diferencia de las constituciones revolucionarias del siglo XVIII, y de las constituciones liberales del siglo XIX (Fioravanti, p. 121).

Las Constituciones democráticas son ubicadas posterior a la Segunda Guerra mundial, en países como Italia, Francia y Alemania, en un primer momento, y luego las de España, Portugal o Grecia. Sin embargo, en el período entreguerras existieron Textos constitucionales que reunían las características de las Constituciones democráticas, tal es el caso de la Constitución española de 1931<sup>269</sup>, o Textos constitucionales anteriores a ella como el alemán de Weimar de 1919<sup>270</sup> y el mexicano de Querétaro de 1917. Constituciones últimas que, como ha sido dicho, resultan pioneras en la consagración de derechos sociales.

269 Se consagró en España el sufragio universal de forma irreversible con la Ley electoral de Sagasta de junio de 1890. Véase, Angel Garrorena, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 61.

270 Aunque el sufragio universal se alcanzó cuando aún era el imperio alemán en 1870. Véase (Garrorena, p. 61).

Las Constituciones democráticas a partir de ese entonces se caracterizan por ser rígidas y garantizar el sufragio universal, asimismo se protege los derechos ciudadanos en sus distintas generaciones, preservando la debida separación de poderes, haciendo en definitiva que la Constitución limitase el accionar legislativo. En la España del inicio de los años treinta del siglo XX, inclusive, la defensa de la supremacía constitucional se la llevó a cabo por medio del Tribunal Constitucional.

En suma, las constituciones del Estado liberal del siglo XIX eran tenidas como manifiestos políticos, en tanto que las Constituciones del Estado social y democrático de Derecho del siglo XX, principalmente, aquellas posteriores a la Segunda Gran Guerra, se asumían como norma jurídica. Cuestión que no es menor, toda vez que implica el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución para constituir un límite efectivo al accionar del poder público.

En el plano social, de otro lado, la consagración del Estado social y democrático en la Constitución obedeció a la presión de las organizaciones obreras, grupos organizados de mujeres, así como de los partidos de corte socialdemócrata. En este sentido se comprende las exigencias de la social democracia alemana, que inspirada por Lasalle, promovía la organización democrática del Estado nacional por medio de reformas específicas que contemplen el sufragio universal, la educación obligatoria, o el establecimiento de restricciones al trabajo de las mujeres y niños, todo con el fin último de promover una democratización de la vida política, social y económica (Ruiz Miguel, p. 209).

Los antecedentes de dichos postulados se deben en parte a la importancia que tuvo Tocqueville en señalar el carácter democrático-igualitario de las sociedades modernas, a partir de su observación del caso Norteamericano, tesis que, en principio no fue acogida en la Europa del siglo XIX; debido a que los liberales de ese entonces veían a la democracia, como democracia social, es decir, aquella que iba más allá de la igualdad formal (Barberis, pp. 66 y 67).

Es pertinente señalar que, con el advenimiento del Estado social y democrático y su concretización política, a saber, la universalización del sufragio, como advierte Garrorena, se modificó la teoría que se encontraba en la base del sufragio al convertirse en un sufragio derecho y no como una función que desempeñaban determinados miembros de la sociedad. Cuestión que, además, trajo consigo el derecho a asociarse políticamente con el fin de fundar organizaciones políticas (Garrorena, p. 61).

Aparece, entonces, como una obviedad el señalar que el Estado democrático superó al liberal al incorporar la igualdad frente a la ley electoral, desvinculando así el voto ciudadano del cumplimiento requisitos económicos. En consecuencia, el cuerpo electoral como concepto clave de una sociedad democrática implicaría la afirmación del principio de igualdad, en el sentido de observar a todos los individuos como ciudadanos (Pérez Royo, p. 538).

## EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Ciertamente, la consagración de una igualdad auténtica de todos los ciudadanos desde el plano formal, complementó en buena medida las libertades civiles, por un lado, y exigió condiciones materiales para que las masas recién llegadas al mundo electoral puedan ejercer sus derechos de participación del mismo modo que los mejor ubicados.

En este sentido la igualdad material que trae aparejado el Estado social no se podía implementar sin que previamente los ciudadanos fuesen iguales ante la ley electoral, así como sin que se les garantizara a todos por igual la libertad para poder organizarse políticamente<sup>271</sup>. O, dicho de otro modo, los derechos sociales garantizados en principio a todos los miembros de una comunidad no podían ser tal, si previamente no se garantizaba a todos los nacionales mayores de edad en goce de unos mínimos requisitos, la igualdad política por medio del voto. Toda vez que la exigencia de igualdad en el goce de los derechos en general y de los políticos en particular, teniendo, por supuesto, respecto de los últimos en consideración unos requisitos mínimos, se halla en la igualdad intrínseca de todos los miembros de una sociedad (Dahl, p. 76). Es decir, que la vida, la libertad, la propiedad, la educación, la salud, la vivienda, la recreación o el mismo sufragio no son intrínsecamente distintos de un ciudadano a otro. La igualdad democrática en materia de voto se expresa, en consecuencia, por medio de la fórmula: un hombre un voto (Borja, p. 1325).

### **4. La importancia de la Constitución mexicana de Querétaro para con la democracia social.**

Si entendemos por democracia el autogobierno del pueblo estamos asumiendo que todos los miembros de una comunidad pueden participar de la toma de decisiones políticas, sobre la base de que son tratados como iguales ante la ley electoral. De ahí que el calificativo social que le sigue al sustantivo democracia alude a aquellas prestaciones activas a las que se encuentra obligado a satisfacer el Estado por mandato constitucional.

En este orden de consideraciones, los derechos sociales podrían considerarse como resultado del fenómeno democratizador que supuso el sufragio universal, toda vez que los parlamentos estuvieron integrados ya no solo por élites sino por integrantes de las clases populares, las cuales entre sus legítimas reivindicaciones exigían, institucionalmente, como en los hechos, las mejoras en sus condiciones de vida.

Por ello la democracia social, forma política del Estado social, sería definida como aquella organización del poder que concentra su interés, sin descuidar los derechos civiles y políticos en hacer efectivos los derechos sociales. Es, pues, en estas coordenadas en donde se podría inscribir el valor trascendente de la Constitución de Querétaro de 1917. Constitución que, por otra parte, ha servido de gran inspiración para sus pares

---

271 Respecto a las libertades como prerrequisito del Estado de bienestar véase Paul Spicker, *The Welfare State: a general theory*, 2000, p. 80. Disponible en: <http://www.spicker.uk/books/Paul%20Spicker%20-%20The%20welfare%20state%20a%20general%20theory.pdf>

latinoamericanas en el reconocimiento de los derechos de corte social<sup>272</sup>. En este sentido se puede sostener que, la Constitución de Querétaro halla fundamento para su robusta parte dogmática social en el principio democrático, el nacionalismo y la justicia social, premisas del ideario revolucionario (De la Madrid, p. 42).

Así, el artículo 39, afirma que “la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público emana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Entre tanto los artículos 40 y 41 de dicha Constitución, reforzando la idea anterior, determinan, respectivamente que, el pueblo mexicano se conforma como una república representativa, democrática y federal, y que el pueblo ejerce sus poderes por medio de los poderes de la Unión. Asimismo, en el artículo 41 destaca la función de los partidos políticos en la promoción de la participación de los ciudadanos en la vida democrática.

Si bien, lo señalado en las líneas precedentes aparecería como principios generales que informan al sistema político en su conjunto, en un nivel menor de abstracción aquellos principios se concretarían en derechos de participación política como el sufragio universal y el derecho a conformar organizaciones políticas. Es por ello que, el artículo 35, determina que los ciudadanos podrán votar y ser votados para todos los cargos de elección popular, así como podrán ser nombrados para cualquier empleo en la medida en que cumplan con los requisitos exigidos por la ley; además se garantiza el derecho a asociarse libre y pacíficamente para poder participar de los asuntos políticos del país.

Por otro lado, el ascendiente democrático respecto a la importancia del derecho social a la educación se expresa por ejemplo, en el artículo 3, número 1, letra a, el cual define a la democracia “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Particular importancia dentro de los derechos sociales, con afanes democratizadores, revisten los derechos de los campesinos y de los trabajadores consagrados en el artículo 27 y en el artículo 127, respectivamente. De otro lado, el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 4; en el mismo artículo, por otra parte, se expresa la vocación igualitaria respecto al sexo de la Constitución de Querétaro, al proclamar la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer<sup>273</sup>. En este sentido se señala seguidamente que la ley protegerá a la familia y su derecho a una vivienda decorosa.

272 Por ejemplo, en Ecuador las Constituciones de 1929 y 1945 abrazaron una comprensión social de la propiedad. Es más, la segunda Constitución en su artículo 146 señalaba, entre otras cosas que, el régimen de la vida económica debe propender a la justicia social y a liberar de la miseria a los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna; estableciendo con este fin un sistema de planificación de la economía por parte del Estado.

273 Si bien dicha comprensión igualitaria supone un plausible reconocimiento de las luchas sociales, a decir desde perspectivas críticas afines a las formulaciones de Carol Pateman, aquél adelanto se inscribe, no obstante, dentro de las coordenadas de un contractualismo ilustrado que observa la autonomía como un valor primordialmente del ciudadano masculino, a ser ejercido en el ámbito de lo público, con lo cual se relega al espacio doméstico privado a las mujeres. Al respecto véase: Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín, “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81 (2007).

## EL SUFRAGIO UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Asimismo, se puede señalar el derecho de toda persona al trabajo digno y socialmente útil, consagrado en el artículo 123.

En definitiva, la vocación social del texto de Querétaro parte del reconocimiento de que la dignidad, la libertad y la justicia entre las personas sólo se puede alcanzar si la sociedad y el Estado se articulan con el fin de generar condiciones materiales e institucionales para su realización (De la Madrid, p. 47). Y, precisamente, del reconocimiento de igual dignidad entre todos los ciudadanos es que no es legítimo que solamente unos ciudadanos puedan participar activamente en la construcción de la voluntad pública.

En efecto, el sufragio universal tanto activo como pasivo permite comprender al ciudadano más allá de su dimensión individual, es decir, posibilita al ciudadano transitar hacia su relación con los demás, esto es, en el espacio de lo público. Lo cual a su vez trae aparejado una interpretación de los derechos fundamentales en clave social, dejando atrás enfoques interpretativos de corte individualista. Comprensión de los derechos que, dicho sea de paso, viene dada por la obligación estatal de intervenir en la sociedad para garantizar mayores grados de justicia social. He aquí, entonces, el compromiso de la Constitución de Querétaro para con la democracia social.

### 5. Conclusión.

El Estado democrático solo fue posible gracias a la lucha de los sectores sociales que reivindicaban una auténtica igualdad formal, la cual suponía la garantía universal de los derechos civiles y políticos. Entre los últimos cuentan, principalmente, el elegir y el ser elegido, así como la garantía del derecho a organizarse con fines políticos. En consecuencia, desde una argumentación cronológica, la premisa igualitaria material abrazada por el constitucionalismo social no podía darse aún si es que, formalmente, no todas las personas eran consideradas iguales ante la ley electoral. Desde una argumentación política, por otro lado, hubiese sido muy difícil que órganos parlamentarios integrados, primordialmente, por las élites económicas y sociales, toda vez que bajo la lógica censitaria solamente los propietarios participaban del proceso decisional, reparen en la necesidad de implementar los cambios sociales necesarios exigidos por la mayorías. En definitiva, sin la garantía previa de la igualdad en el plano de las relaciones políticas no puede existir posteriores avances sustanciales en la dimensión social; o, en otras palabras, la igualdad de todos ante la ley electoral actúa como un prerequisite para la existencia del Estado de bienestar. Para estos efectos la Constitución de Querétaro concitó un hito en el surgimiento del constitucionalismo democrático y social de Derecho.

### BIBLIOGRAFÍA

Barberis, Mauro. 2012. *Ética para juristas*. Madrid: Alianza.

Benavides Ordóñez, Jorge. 2012. *Los derechos humanos como norma y decisión*. Quito: Corte Constitucional/Centro de Estudios.

## JORGE BENAVIDES ORDÓÑEZ

- Borja, Rodrigo. 2007. *Enciclopedia de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cotarelo, Ramón. 1997. "Teoría del Estado", en *Filosofía Política*. Vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel, Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dahl, Robert. 2015. *La democracia*. Madrid: Ariel.
- De la Madrid, Miguel. 2001. *La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/95/4.pdf>
- Díaz, Elías. 1997. "Estado de Derecho", en *Filosofía Política*. Vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel, Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Garrorena Angel. 2014. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Heller, Hermann. 2010. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Locke, John. 2004. *Segundo ensayo del gobierno civil*. Buenos Aires: Losada.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Ruiz, Blanca, Ruth Rubio. 2007. "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81.
- Ruiz Miguel, Alfonso. La socialdemocracia, en *Historia de la Teoría Política*, 4, ed. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza.
- Sotelo, Ignacio. 1997. "Estado moderno", en *Filosofía Política*. Vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel, Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schmitt, Carl. 2011. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Spicker, Paul, *The Welfare State: a general theory*, 2000. Disponible en: <http://www.spicker.uk/books/Paul%20Spicker%20The%20welfare%20state%20a%20general%20theory.pdf>.
- Trujillo, Julio César. 2014. "El constitucionalismo social desde los años veinte", en *Historia Constitucional. Estudios comparativos*, ed. Enrique Ayala Mora. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.
- Weber, Max. 2007. *Sociología del poder*. Madrid: Alianza.

## **NORMATIVA**

Constitución de Querétaro 1917.

Constitución de Weimar 1919.

Constituciones de Ecuador 1929, 1945, 2008.



