

**JUSTICIA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS
HUMANOS,
LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA
“PERSPECTIVA PANAMEÑA Y MEXICANA”**



JUSTICIA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA “PERSPECTIVA PANAMEÑA Y MEXICANA”

(Coordinadores)

Dr. Hernán A. de León Batista
Dra. Nelly Cedeño de Paredes
Mtro. Ricaurte Soler Mendizábal
Mtra. Tulia Pardo

Mtro. Manuel S. Acuña Zepeda
Dr. Francisco J. Gorjón Gómez
MDF. Juan José Aguilera Garnica

Autores

Ávila Ortiz, Raúl
Barba Álvarez, Rogelio
Barajas Languren, Eduardo.
Bedoya Rodríguez, Francisca Esther.
Bethancourt Espinosa, Luis Rogelio.
Cabello Tijerina, Paris Alejandro.
Carrillo Valdivia, Jorge.
Cedeño de Paredes, Nelly.
Cuevas González, David Elio.
De León Batista, Hernán A.
Díaz de Nicolás, Iris.
Durand de Sanjuan, Erick Alberto.
Dutrey Guantes, Yolanda.
González Varela, Ana María.
Gorjón Gómez, Francisco Javier.
Gorjón Gómez, Gabriel de Jesús.
Hernández, Lorena.
Herrera Vergara, Yanireth.
Jaramillo Fuentes, Luzmila.

Lizaola Pinales, Cristina Mariana.
Montoya González, Roberto.
Peña Castillo, Margarita Evangelina.
Padilla Zambrano, Armando.
Pérez Cazares, Martín Eduardo.
Ramos Ponce, María Guadalupe.
Rivera Moya, Marla D.
Rodríguez Rodríguez, María Elizabeth.
Rojas C, Kathia del Carmen.
Saéñz López, Karla Annett Cynthia.
Sánchez García, Arnulfo.
Sánchez Vázquez, Rafael.
Solano Castellero, Blanca.
Soler Mendizábal, Ricaurte.
Steele Garza, José Guadalupe.
Vargas Orozco, Cynthia Marisol.
Vázquez Gutiérrez, Reyna Lizeth.
Villarreal Sotelo, Karla.





Jesús Ancer Rodríguez

Rector

Rogelio G. Garza Rivera

Secretario General

Rogelio Villarreal Elizondo

Secretario de Extensión y Cultura

Celso José Garza Acuña

Director de Publicaciones

Padre Mier No. 909 poniente, esquina con Vallarta

Monterrey, Nuevo León, México, C.P. 64000

Teléfono: (5281) 8329 4111 / Fax: (5281) 8329 4095

e-mail: publicaciones@uanl.mx

Página web: www.uanl.mx/publicaciones

Primera edición, 2014

© Universidad Autónoma de Nuevo León

© Hernán A. de León Batista, Nelly Cedeño de Paredes,
Ricaurte Soler Mendizábal

Reservados todos los derechos conforme a la ley.

Prohibida la reproducción total y parcial de este texto sin previa autorización por escrito del editor

ISBN:

Impreso en Monterrey, México

Printed in Monterrey, Mexico

Esta obra es parte de los proyectos de investigación de los Cuerpos Académicos de la UANL:

- **Derecho Comparado CA-UANL-158**
- **Derecho Energético y Sustentabilidad**
- **Métodos Alternos de Solución de Conflictos CA-UANL-358**
- **Políticas Publicas CA-UANL-224**

Mediación penal y justicia restaurativa en México. Desarrollo de estrategias para su correcta valoración e interpretación

El manejo del poder en las negociaciones políticas y su impacto en la cultura de la paz.

Nuevos esquemas procesales para la obtención de justicia, a partir de los métodos alternos de solución de conflictos. Proyecto de Ciencia Básica No. 222301.

La implementación eficaz de los métodos alternos de solución de conflictos a partir de procesos garantistas. PROMEP/103.5/13/6644

La mediación como vía eficaz para la prevención y solución de conflictos escolares. PROMEP/103.5/13/6644

La implementación del departamento de mediación escolar en los centros de educación básica desde la perspectiva de una política pública para la prevención y disminución de los conflictos escolares PROMEP/103.5/13/6644

Para el desarrollo y la integración de esta obra se contó con la colaboración y patrocinio de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos



Índice

Mensaje Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Panamá.
José E. Ayú Prado Canals.

Mensaje del Rector de la UANL.
Dr. Jesús Áncer Rodríguez.

Mensaje de la Procuradora General de la Nación de Panamá.
Lic. Ana I. Belfon Vejas.

Prólogo.
Hernán A. de León Batista / Manuel Acuña Zepeda.

Parte I. **Derechos Humanos y Equidad.**

El hábeas data como proceso constitucional autónomo.
Hernán A. de León Batista.

Algunas reflexiones constitucionales México-panamá, en relación a los derechos humanos.

Eduardo Barajas Languren.

Martín Eduardo Pérez Cazares.

María Guadalupe Ramos Ponce.

El papel del juez en la justiciabilidad de los derechos humanos en panamá.
Francisca Esther Bedoya Rodríguez

Derechos humanos y democracia en el Estado constitucional de derecho.

Raúl Ávila Ortiz.

Marla D. Rivera Moya.

Principios de la interpretación constitucional .
Luis Rogelio Bethancourt Espinosa.

La constitucionalidad de los derechos humanos en México paradigma de una nueva cultura e interpretación jurídica.
Rafael Sánchez Vázquez.

La eficacia entre particulares como mecanismo jurídico de protección de los derechos – humanos.
Ana María González Varela.

Los derechos humanos y su incomprensión global, especial referencia a la vida.
Rogelio Barba Álvarez.

Presunción de Inocencia como Derecho Fundamental.
Luzmila Jaramillo Fuentes.

La argumentación jurídica metodológica como principio fundamental para la legitimidad de la administración de justicia dentro del marco de los derechos humanos.
Lorena Hernández.

La educación y la capacitación para el trabajo de la mujer en prisión en la frontera de Tamaulipas.
Karla Villarreal Sotelo.
Cynthia Marisol Vargas Orozco.

Las sanciones en la justicia penal juvenil de Panamá: entre garantismo y derecho penal del enemigo.
Armando Padilla Zambrano.

La acción civil derivada del delito y el derecho de la víctima a exigir la indemnización y reparación del daño en el nuevo sistema de justicia penal panameño.

David Elio Cuevas González.

La Detención Provisional A La Luz Del Sistema Penal Acusatorio, En El Cuarto Distrito Judicial.

Yanireth Herrera Vergara.

Blanca Solano Castellero.

Garantías Judiciales en el Ordenamiento Panameño al Derecho a la Estabilidad Laboral del Servidor Público con Discapacidad.

Iris Díaz de Nicolás.

Kathia del Carmen Rojas C.

Parte II.

Justicia Alternativa.

Mediación Familiar.

Nelly Cedeño de Paredes.

Los MASC como activo de la paz y su valor intangible.

Francisco Javier Gorjón Gómez.

María Elizabeth Rodríguez Rodríguez.

Reyna Lizeth Vázquez Gutiérrez.

Los derechos fundamentales de las víctimas y de los imputados en la mediación penal.

Ricaurte Soler Mendizábal

La incoercibilidad en las instituciones administradoras de justicia alternativa.

José Guadalupe Steele Garza.

Facilitadores judiciales comunitarios como mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables en panamá.

Yanireth M. Herrera Vergara.

Mediación y acuerdo reparatorio, el trayecto a la extinción penal. (Aproximación del código penal federal y el código procesal penal del estado de nuevo león).

Paris Alejandro Cabello Tijerina.

Gabriel de Jesús Gorjón Gómez.

Ley de mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales: consideraciones básicas para su implementación.

Roberto Montoya González.

El Acceso a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos como Garantía de Seguridad Jurídica.

Erick Alberto Durand de Sanjuan.

La importancia de analizar el poder dentro de una negociación política.

Margarita Evangelina Peña Castillo.

Saézn López, Karla Annett Cynthia.

Medios Alternos en Materia Electoral.

Jorge Carrillo Valdivia.

Preparación e implementación del juicio arbitral en baja california

Arnulfo Sánchez García.

Cristina Mariana Lizaola Pinale.

La Ejecución de los Laudos Arbitrales en Materia de Inversiones.

Yolanda Dutrey Guantes.

Mensaje de su Excelencia

El Órgano Judicial de la República de Panamá y la Universidad Autónoma de Nuevo León de los Estados Unidos Mexicanos, han venido cosechando palpables y trascendentales logros dentro del quehacer de la excelencia académica; hemos compartido espacio en las aulas de clases e intercambiado una nutrida producción literaria, en múltiples ramas de las disciplinas jurídicas, generando lazos insolubles, en el consagrado proceso de enseñanza-aprendizaje, lo que nos permite presentar hoy una nueva obra conjunta, en beneficio inmediato de los estudiosos del derecho comparado.

La ecuanimidad del jurista y la probidad del juez, tienen que enmarcarse en la constante actualización del conocimiento, para honrar así, la encomendada labor de formar parte del perfecto engranaje de impartir justicia; para ello, el renovado Convenio General de Colaboración, suscrito entre este Órgano del Estado de la República de Panamá y la Universidad Autónoma de Nuevo León, ha representado un sólido peldaño.

Los Convenios que generan resultados, a muy corto plazo, son aquellos que dan cuenta del real compromiso institucional por servir a quienes los suscriben, por lo que exaltamos la labor desempeñada por ambas entidades, comprometiéndonos a seguir bregando por los senderos de la superación del conocimiento humano, a través del presente Convenio, mismo que fortalece la hermandad que une a nuestros pueblos latinoamericanos.



Magistrado José E. Ayú Prado Canals
Presidente de la Corte Suprema de Justicia
República de Panamá

Mensaje

La internacionalización de las instituciones de educación superior es hoy en día una prioridad para lograr una verdadera educación integral y de calidad, considerar la sinergia mundial de las diversas ciencias y su estado del arte es parte del quehacer cotidiano de las universidades de clase mundial.

Para lógralo es necesario generar alianzas estratégicas y redes científicas con instituciones de prestigio y reconocimiento, como lo es la Suprema Corte de Justicia de Panamá, institución garante de la justicia panameña y de gran influencia en Centro América y ejemplo latinoamericano.

La Universidad Autónoma de Nuevo León consiente del reto que implica esta asociación enfoca sus recursos humanos y materiales para que nuestra alianza se consolide y trascienda en el tiempo y el espacio y que ambas instituciones seamos un ejemplo mundial; este convenio significa igualmente un *quid pro quo* ya que el intercambio de maestros, experiencias y conocimientos fortalece enormemente a ambas instituciones, permitiéndoles cumplir con los más esenciales objetivos tales como la creación de ciencia en beneficio de la sociedad y la instrumentación de procedimientos perfeccionados con impacto social en pro de la justicia y la equidad.

La obra que hoy tenemos en nuestras manos es parte de este movimiento, la ciencia del derecho evoluciona vertiginosamente, el derecho es dinámico y se adapta a las necesidades que requiere la *lex fori*, perfeccionándose constantemente derivada del derecho comparado. Este segundo libro que hoy publicamos reúne todas las condicionantes que requiere una obra científica y de difusión que impactará directamente en nuestro estado de derecho y permitirá que tanto el derecho mexicano como el panameño se perfeccionen y sean cada vez mejores.

Su temática es oportuna, discernir sobre los derechos humanos, la equidad y la justicia alternativa son tal vez los tópicos legales de mayor trascendencia en el esta-



do moderno, ya que es prioritario para los estados incluir en sus planes de desarrollo políticas públicas que garanticen los que estos conceptos representan, pero mayor aun es su significancia ya que derivan de principios internacionales que pretenden homologar el actuar cotidiano de las normas en pro del bono democrático de nuestros conciudadanos.

Enhorabuena por esta iniciativa y ratifico el compromiso institucional de la Universidad Autónoma de Nuevo León con la Corte Suprema de Justicia de Panamá y la Procuraduría General de Panamá en seguir trabajando en beneficio de nuestros países.

Dr. Jesús Ancer Rodríguez

Rector de la Universidad Autónoma de Nuevo León

Mensaje

Constituye para nosotros un honor participar con nuestros hermanos mexicanos, esta obra colectiva que constituye un espacio propicio para compartir las experiencias que, desde nuestras realidades sociales y jurídicas, forman parte de nuestros quehaceres institucionales.

Las vivencias y el gran número de aprendizajes de quienes han aportado sus conocimientos a esta revista, se plasman en artículos de alta calidad académica y nos permiten pronosticar los desafíos que se nos avecinan en materia de investigación de los delitos, especialmente los relacionados con el crimen organizado, narcotráfico, trata de personas, entre otros, en atención a la defensa debida a los intereses fundamentales del Estado de Derecho.

Todo lo anterior, bajo el escrutinio permanente del respeto que debemos a los derechos humanos, la justicia, la legalidad, la independencia y la transparencia; garantizando de la misma manera, la asistencia a las víctimas y procurando la protección de los intervinientes del proceso penal, así como las soluciones alternativas y la cooperación judicial internacional.

Nuestras sinceras felicitaciones a los que, con tanto esfuerzo, han hecho realidad esta obra, que se pone a disposición de la comunidad jurídica internacional, y cuyo impacto, a no dudarlo, trascenderá nuestras fronteras.



Procuradora General de la Nación de Panamá
Lic. Ana I. Belfon Vejas.

Prólogo

Modernización de la Justicia desde la perspectiva panameña y mexicana. Bajo este título, en el año 2013, la Universidad Autónoma de Nuevo León, de los Estados Unidos Mexicanos, conjuntamente con el Órgano Judicial y el Ministerio Público, ambas instituciones de la República de Panamá, dentro del Programa de Doctorado en Derecho Procesal, con motivo del convenio de colaboración entre la Corte Suprema de Justicia de Panamá y la Universidad Autónoma de Nuevo León a través de la Facultad de Derecho y Criminología, dio a conocer a la comunidad académica la primera obra, cuyos autores, en su mayoría, son alumnos del doctorado, así como un selecto grupo de docentes de la universidad nortea, cumpliendo no sólo con unos de los requisitos del doctorado como es la publicación de escritos, sino fortaleciendo la consolidación de redes nacionales e internacionales, que en alguna medida se ha trazado la Universidad Autónoma de Nuevo León en su Visión 2020.

Con esta segunda obra titulada: La Justicia en el marco de los derechos humanos, la equidad y la justicia alternativa, “Perspectiva panameña y mexicana”, no sólo se refuerza la estrategia académica de mejorar la formación del recurso humano involucrado con la Administración de Justicia, sino que es un aporte de gran valor a la comunidad en general por los temas tratados, ya que no se circunscribe a un estudio en lo estrictamente entendible a los jueces, a los abogados litigantes y juristas en general, tal como recogía la primera obra que hicimos mención, cuyos temas eran muy precisos en su contenido dentro del derecho procesal, describiendo un problema y aportando una posible solución; sino que ahora, la actual se ha dividido en dos partes, como son: Parte I (Derechos Humanos y Equidad) y Parte II (Justicia Alternativa), cuya temática debería ser de conocimiento de la ciudadanía en general, porque se trata de sus derechos, como seres humanos que son, con dignidad, con equidad, así como de instruirse en la posibilidad de hacer efectivo el reconocimiento o exigencia de sus derechos por medio de la llamada “Justicia Alternativa”, que traen los medios alternos de solución de conflictos (MASC).

Los derechos humanos, conocidos también como derechos fundamentales en algunos sistemas jurídicos, por el hecho que deben estar reconocidos desde la propia Constitución, sin duda llevan un especial estudio en esta nueva edición, el cual hacen

repensar el paradigma constitucional clásico para dar paso al llamado neoconstitucionalismo o postiuspositivo, como lo describe el autor italiano Luigi Ferrajoli, y que merecen una nueva forma de interpretación por parte del operador jurídico.

Y respecto a la Justicia Alternativa, que recoge la segunda parte de la obra, como un especial estudio que hacen sus autores, no es causal que en el mundo esta figura o método de solución de conflictos, viene creciendo vertiginosamente por la efectividad que la misma conlleva, tanto así que en los nuevos sistemas penales como es el “acusatorio”, donde en Panamá rige en algunos territorios y que México pronto tiene que adentrarse a este nuevo régimen penal como producto del cambio en su legislación, sea de mucha utilidad figuras denominadas como el “acuerdo reparatorio” o “acuerdo de la pena a imponer”.

Deseo destacar un tema novedoso que se aborda en el presente libro, como es la figura de los Facilitadores Judiciales Comunitarios (líderes comunitarios que ejercen una labor voluntaria de apoyo a las autoridades judiciales), los cuales nacen en Nicaragua formalmente en el año 2002, con la ayuda de la Organización de Estados Americanos (OEA), y que en la actualidad existen en varios países de América, como son la Provincia de Corrientes en Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay, cuyo resultado está siendo muy positivo en la contribución de la gobernabilidad democrática, la defensa de los derechos humanos, la reducción de la conflictividad y a la seguridad de la población, en particular aquella en condiciones de vulnerabilidad, mejorando los niveles de acceso a la justicia; que sin duda, México podría explorar a futuro esta figura de mediación, por la semejanza que tienen los países latinoamericanos en la idiosincrasia cultural y de problemas similares.

Por último, deseo expresar un agradecimiento especial a los autores por su compromiso y dedicación para compartir sus reflexiones, aportando elementos para el debate regional, el cual general una gran responsabilidad, tomando en cuenta la llamada crisis que sufre la credibilidad de la justicia, y con ella el propio sistema del Estado social y democrático de Derecho, que en alguna forma se debe a la distancia que se ha creado entre la persona y el derecho. Un discurso jurídico difícilmente entendible para el ciudadano común y unas decisiones administrativas y judiciales formalistas que no otorgan justicia más que formal, pero no sustancial, el cual genera un clima de desconfianza propicio para que se abuse, y así se socava un sistema que aplicado debidamente lograría el apoyo merecido. Los juristas, sea desde la Academia, o desde la práctica, tenemos que hacer efectivas nuestras constituciones políticas, llenar con los principios constitucionales –equidad- y los derechos fundamentales –derechos humanos-, mediante una digna traducción normativa y jurisprudencial, considerando que puede facilitarse por medio de una Constitución que sea más abierto al ciudadano común, donde juega un rol preponderante los medios alternos de solución de conflictos.

Hernán A. De León Batista

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
República de Panamá

Prólogo

El derecho comparado es el uno de los pilares de la transformación y del perfeccionamiento del derecho, se constituye como un esquema de creación y de alineación de normas con un alto sentido vanguardista e internacional; la obra que tienen en sus manos es producto de este método, que aportará un sinnúmero de ideas y visiones en pro del derecho panameño y mexicano.

Representa el esfuerzo de dos instituciones eminentemente humanistas, dos instituciones garantes de la culturización del derecho, dos instituciones visionarias en la formación de recursos de alto nivel, dos instituciones temerarias que están rompiendo paradigmas, porque saben de las ventajas de la coalición internacional educativa, saben que para transformar un sistema social o legal como es el caso, es necesario observar lo que pasa en el mundo, es necesario escuchar las voces de los expertos con parsimonia, de forma acuciosa y atemperada, atenta, ya que sus propuestas y críticas académicas serán sustrato de la evolución de nuestros sistemas jurídicos, esto es lo que hace grande a las instituciones.

Este libro denominado “La justicia en el marco de los derechos humanos, la equidad y la justicia alternativa, perspectiva panameña y mexicana”, es parte ya de la serie de publicaciones entre la Suprema Corte de Justicia de Panamá y de la Universidad Autónoma de Nuevo León a través de la Facultad de Derecho y Criminología, este segundo libro está enfocado en dos grandes rubros, el primero de ellos los derechos humanos y la equidad, y el segundo la justicia alternativa, que hoy por hoy ambas áreas del derecho son de carácter eminentemente internacionales, existiendo dentro del *ius commune* un consenso en su necesaria homologación, ambos representan la prioridad de los sistemas jurídicos contemporáneos.

No podemos considerar el desarrollo de alianzas en el mundo sin la observancia de normas que protejan e impulsen a los derechos humanos, no podemos considerar la evolución de estos sistemas si sus normas no son convenientemente justas, entendiéndose como convenientes aquellas que responden a tradiciones jurídicas locales, empero, adecuándose a las normas internacionales con un sentido ecléctico operacional.

En el mismo sentido sucede cuando de justicia alternativa nos referimos, su vinculación entre estos dos grandes temas responde al concepto de seguridad e igualdad,

responde a un esquema de garantía en la resolución de conflictos como salvaguardas de la equidad entre las partes, prevaleciendo el interés de las partes y no de los estados, a excepción del orden público de ambos pero considerando el orden público internacional al ser más flexible y restrictivo, la justicia alternativa representada por la mediación, la conciliación y el arbitraje así como las figuras emergentes de la paz y la restauración en esta clasificación, son una de las áreas más estudiadas del derecho, pero en este caso no solo por abogados, por antonomasia nos toca la culturización, la operación y la regulación de los métodos alternos de solución de conflictos, más sin embargo, su sentido multidisciplinar y multidimensional descontextualiza su ámbito de influencia en solo lo legal por un ámbito ecuménico, de ahí que su análisis los hace más atractivos.

Ambos países nos encontramos en proceso de consolidación de nuestros sistemas jurídicos, hemos abierto las puertas de la modernidad y la internacionalización a través de los derechos humanos y la justicia alternativa, en el primero de los casos hemos transformado en México la Ley Amparo y alineado a la nueva concepción de los derechos humanos, en el mismo sentido el impacto de los métodos alternos han venido a irrumpir con fuerza en el sistema de impartición y procuración de justicia sacudiendo paradigmas y tradiciones permitiendo la ciudadanización de la justicia, ambos esquemas englobados en la equidad, premisa suprema de toda norma en cualquier parte del orbe y advierto que de la lectura de las diversas participaciones de nuestros compañeros panameños, este efecto se ha dejado sentir con la misma fuerza que en México, en su sistema penal acusatorio, en su derecho constitucional, en sus esquemas garantistas y en la transformación cultural a través de su sistema nacional de mediación, logrando que la comunidad en general colabore a la par, vía los facilitadores judiciales comunitarios por citar un ejemplo.

Creo firmemente en este proyecto, eminentemente formativo, colaborativo pero sobre todo propositivo, marcara un precedente y continuara con la saga de aportaciones de la Universidad Autónoma de Nuevo León y de la Suprema Corte de Justicia de Panamá, beneficiaremos a la comunidad en general, empero, estamos generando conocimiento de frontera que abonara en la formación de todos los futuros abogados, de los litigantes, de los administradores y procuradores de justicia, en si a todos los juristas que hoy se encuentran en ciernes, en hora buena y que continúen los éxitos para ambas instituciones y desde este momento empezamos a trabajar en la tercera obra.

Manuel S. Acuña Zepeda

Director de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL

El *hábeas data* como proceso constitucional autónomo

Dr. Hernán A. De León Batista ¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve análisis del *hábeas data* en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos; 2.1 Argentina; 2.2 Bolivia; 2.3 Brasil; 2.4 Colombia; 2.5 Costa Rica; 2.6 Guatemala; 2.7 México; 2.8 Panamá, 2.9 Paraguay; 2.10 Perú, 2.11 República Dominicana; 2.12 Venezuela; 3. Conclusiones, 4. Bibliografía

Introducción

En la actualidad el Derecho está pasando por evidentes cambios de paradigma, como consecuencia de la transformación mundial de la economía bajo el fenómeno de la globalización, que en alguna forma trastoca los modelos de Estado, sociedades y ciudadanía, y con ello no escapa el modelo de Estado constitucional que exige una actualización de sus instituciones políticas, sociales y jurídicas tradicionales, bajo el denominado neoconstitucionalismo; modelo este que interpreta el Derecho desde la perspectiva sistemática del conjunto de normas jurídicas, principios, valores y reglas, donde el intérprete constitucional toma más en cuenta los valores y principios, y el derecho se hace menos rígido y formal.

En este sentido, el Derecho, que tradicionalmente se concebía como un conjunto de normas, muchas de ellas de prohibición o coercitivas, se va convirtiendo en un conjunto normativo donde prima la interpretación jurídica y argumentación. Así, la ley deja de ser la única y suprema fuente del Derecho (concepción clásica del positivismo, inspirado en la codificación napoleónica), dando paso al neoconstitucionalismo que podría entenderse como el Derecho decodificado gracias a la interpretación amplia de la Constitución.

Los textos de Derecho nos enseñan que el origen o nacimiento del llamado neoconstitucionalismo se da desde el momento en que el gran estudioso del derecho Ronald Dworkin critica el paradigma catalogado como positivismo jurídico, específicamente por la confrontación que realiza Dworkin a Herbert Hart, fundamentalmente bajo la argumentación de la primacía de los principios frente a las reglas y la idea de que el Derecho no se distingue, por lo menos desde el punto de vista conceptual, de la moral, ya que introduce principios comunes en ambos ámbitos.

Así las cosas, pensadores contemporáneos como Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Santiago

¹ Hernán A. De León Batista. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.
nanchy@hotmail.com

Nino, entre otros, parten de la separación estricta entre Derecho y Moral, y que más bien pretende encontrar los principios de justicia insertos en el Derecho.

Respecto a lo anterior, no hay que perder de vista que las constituciones que aparecen en la segunda mitad del siglo XX tenían una tendencia a ser de carácter programático, a fin de que fuese el legislador quien le diera su valor normativo; sin embargo, las constituciones modernas tiene más como rasgo sobresaliente es el conjunto de valores, muchas veces contradictorios, donde entra en juego la importancia del interpretador constitucional utilizando la figura de la ponderación, así como un mayor número de principios sobre reglas.

Sobre esta propuesta metodológica del neoconstitucionalismo, la cual choca en alguna medida con el derecho vivido por la mayoría de los poderes y los ciudadanos, que podríamos calificar de un derecho histórico, no hay duda que las nuevas corrientes de pensamiento buscar ofrecer otra alternativa o solución a muchos problemas complejos, dentro de sociedades complejas, como podría ser la mexicana por su multiculturalidad, muy diferente a la panameña, y mayor aún si se analiza el Derecho desde la moral. De ahí que Jürgen Habermas sugiere que la moral no se encuentra encima del derecho, sino que emigra al interior mismo del derecho positivo, estableciendo así un paradigma discursivo-procedimental de Derecho, como un modelo de democracia radical.

Dentro de las nuevas corrientes constitucionales nacen igualmente figuras o instituciones jurídicas que pese su carácter de nacimiento legal, son muchas que han sido elevadas a rango constitucional, como instituciones que deben existir siempre, tal es el caso del hábeas data.

Así, podríamos decir que el proceso constitucional de hábeas data no es una especie de género del amparo y tampoco es un instituto subalterno de este ni un remedio excepcional, como algunos pretenden en algunos ordenamientos jurídicos, sino que se trata de una vía principal y directa.

A diferencia del amparo y el hábeas corpus, el hábeas data tiene como propósito central la protección del derecho de autodeterminación informativa, tal como ha sido reconocido por un nutrido grupo de doctrinarios latinoamericanos y europeos que ya ha quedado verbalizado en numerosos pronunciamientos de órganos de clausura de la justicia constitucional en tales ámbitos geográficos –verbigracia, Colombia, Perú, Costa Rica y Guatemala en Latinoamérica, y Alemania y España en Europa-.

El derecho de autodeterminación informativa, como bien jurídico tutelado por el hábeas data, es un derecho autónomo, con una doble dimensión: sustancial, como derecho en sí mismo, e instrumental, es decir, como soporte para la cobertura tutelar de otros derechos, *inter alia*, los de intimidad, honor y dignidad.

Podemos decir que se trata de un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual es a su vez una parte fundamental del concepto moderno de democracia, y que tiene por objeto preservar la información individual –íntima y no íntima- frente a su utilización incontrolada, arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada.

Por ello, a modo de propuesta de *lege ferenda*, sería aconsejable que se intensificara como línea de política legislativa, en algunos países, la regulación procesal constitucional específica del hábeas data, precisamente, para reforzar su naturaleza autónoma respecto del proceso constitucional de amparo.

Como una forma introductoria, debemos empezar señalando respecto al concepto de hábeas data que, esta figura jurídica no tiene absoluto significado o definición en el derecho comparado latinoamericano, ni en su naturaleza y alcance.

Así, puede observarse que en algunos ordenamientos se habla de *acción, garantía o proceso constitucional*, esto es, parecería ponerse énfasis en el *aspecto procesal constitucional* de la cuestión, a través del hábeas data, mientras que en otros sobresale el aspecto sustantivo del problema y se resalta el derecho a la protección de los datos personales u otros derechos como la intimidad, la privacidad, la imagen, etc.; sin embargo, conforme la jurisprudencia constitucional latinoamericana esta figura jurídica viene abriendo paso al reconocimiento del derecho de autodeterminación informativa como objeto de cobertura tuitiva.

Siguiendo la línea cronológica determinada por el nacimiento del hábeas data en algunos países de la región latinoamericana, nos referiremos a un breve análisis de esta institución jurídica en los países de Costa Rica, Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Venezuela, Honduras, Panamá, Ecuador, Bolivia, México y República Dominicana.

Breve análisis del hábeas data en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

Argentina

Debemos señalar que pese la Constitución argentina no expresa de forma literal la figura del hábeas data, no hay duda que la misma está consagrada en el artículo 43, párrafo 3 de la Ley Fundamental, cuya innovación constitucional de 1994, señala:

“Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.”

En otro aspecto, es importante mencionar que desde la base de la Ley No.25.326 del año 2000, de Protección de los Datos Personales (LPDP), dictada para desarrollar el precepto constitucional del hábeas corpus y el amparo, a partir de su artículo 33 con la denominada “acción de protección de los datos personales o de hábeas data”, se reafirma con esta nomenclatura la identificación clara de este proceso constitucional de hábeas data.

Bolivia

La Constitución de Bolivia de 2009, establece en su título IV “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”, capítulo II “Acciones de defensa”, sección III, la “Acción de protección de privacidad”; nomenclatura ésta que cambia del texto constitucional anterior de 1967 con sus reformas cuyo nombre era el de “hábeas data”.

Encontramos en esta Acción de Protección de Privacidad (APP) lo siguiente:

- Puede ser interpuesta por toda persona individual o colectiva que crea estar indebidamente o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico o magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación.
- No procede para levantar el secreto en materia de prensa
- Tendrá lugar de acuerdo con el procedimiento previsto para la acción de amparo constitucional
- Si el tribunal o juez competente declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado
- La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución
- La decisión final que conceda la acción de protección de privacidad será ejecutada inmediatamente y sin observación, y en caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la acción de libertad, y
- La autoridad judicial que no proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 131 constitucional quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley.

Brasil

Brasil es sin duda el país pionero en América Latina en reconocer este instituto procesal, cuando en su Constitución de 1988 utiliza la expresión literal de *hábeas data*, específicamente para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; y para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.

En este sentido, desde el punto de vista procedimental, se señala que en Brasil existen dos acciones de hábeas data:

- 1) Si el objeto fuera solamente el de tener acceso a las informaciones, el rito puede ser idéntico al de hábeas corpus y al del *mandado de seguranca* (amparo), que permite la concesión de una cautelar, y
- 2) Pero si el fin perseguido fuera de la rectificación de informaciones, el procedimiento debe ser otro, de modo de permitir la sustanciación procesal.²

Es importante mencionar, para terminar este análisis del hábeas data en el ordenamiento jurídico brasileño que, toda la regulación del derecho de acceso a las informaciones y el trámite procesal del hábeas data se encuentra en la Ley No. 9.507 de 1997.

Colombia

La figura del hábeas data en Colombia se encuentra normado en rango constitucional, dentro del Capítulo I (De los derechos fundamentales) del Título II (De los derechos, las garantías y los deberes), regulado específicamente a través de la acción de tutela (equivalente al amparo), donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido clara en señalar que el artículo 15 de la Constitución de 1991 consagra el “derecho fundamental al hábeas data”, cuando expresa lo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”

El autor Eduardo Cifuentes Muñoz, al estudiar la figura del hábeas data, señala que se trata de un *específico proceso constitucional*, añadiendo que si bien la Corte Constitucional de Colombia se ha limitado a conferir a la ubicación de los de los derechos bajo los mencionado capítulo y epígrafe un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de determinado derecho, no se ha puesto jamás en duda que el hábeas data ostente la condición de derecho fundamental.³

Finalmente en esta investigación del hábeas data en Colombia, encontramos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, como son las Sentencias C-993/04, del 12 de octubre de 2004, y C-981/05, del 26 de septiembre de 2005, las cuales ratifican el hábeas data como un “*derecho fundamental*”.

2 Nogueira da Silva, Paulo. Comentarios a la Constitución Federal de 1988, Río de Janeiro. Forense, 2009, p.286.

3 Cifuentes Muñoz, Eduardo. El hábeas data en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No.51, diciembre de 1997, Lima, p.122.

Costa Rica

En primer lugar, debemos advertir que si bien en Costa Rica no existe una normativa constitucional referente a la figura del hábeas data ni mucho menos al derecho de autodeterminación informativa, para algunos juristas del hermano país vecino son del criterio que su protección se encuentra en el artículo 24 de la Constitución de 1949, el cual hace referencia a la protección del derecho a la intimidad, la libertad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo.

Pese esta situación anterior, lo importante a recalcar en nuestra investigación es que Costa Rica tiene un gran desarrollo jurisprudencial, por medio de la Sala Constitucional (Sala IV) de la Corte Suprema de Justicia, acerca de la protección de datos personales, reconociendo la existencia y regulación del hábeas data, como una garantía de naturaleza procesal, dirigida a tutelar los derechos relativos al honor, la intimidad y la dignidad de la persona, desarrollando igualmente una serie de principios referentes al acopio, almacenamiento y empleo de bases de datos, tal como se establece desde la Sentencia No.4.154-97.⁴

La Constitución del 2008, en su artículo 92, dentro del Título II “Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales”, capítulo VI, contempla la figura de la acción de hábeas data, ampliado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la cual se desarrolla en los artículos 49 a 51, referente al objeto, el ámbito de protección y la legitimación activa, que en resumen tenemos a saber:

- El objeto de la acción es garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico.
- Para activar el derecho de toda persona a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.
- El titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación.
- La acción podrá ser interpuesta por toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto cuando: a) se niega el acceso a la información; b) se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten

4 Carvajal Pérez, Marvin. Tutela constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en Costa Rica. Trabajo presentado en el Taller 4, “Libertad de expresión, vida privada e Internet”, del VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, enero de 2003.

sus derechos, y c) se da un uso a la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

Guatemala

Al igual que Costa Rica, este país centroamericano tampoco establece a nivel constitucional, de forma expresa, la figura del hábeas data; sin embargo, en su Constitución de 1985 establece la protección de datos personales en su artículo 31, bajo la denominación de “Acceso a archivos y registros estatales”, el cual pasamos a transcribir:

“Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”.

Así las cosas, lo que encontramos es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual hace referencia que puede recurrirse vía amparo en el caso cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, como es el de treinta (30) días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite.

No obstante lo anterior, observamos que en Guatemala existe la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) –Decreto No.57 de 23 de octubre de 2008- donde se conceptualiza el hábeas data, así:

“Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquéllos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de hábeas data o protección de datos personales de la presente ley.”

De otro lado, tenemos que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sí recoge algunas cuestiones sobre el hábeas data, específicamente en sus artículos 30 a 35, como son:

- Las obligaciones de los sujetos responsables de los datos personales (artículo 30);

- La exigencia del consentimiento expreso y por escrito de los individuos a que haga referencia la información, para que los sujetos obligados puedan difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, y la prohibición expresa de comercializar por cualquier medio los datos sensibles o datos personales sensibles (artículo 31);
- Los casos en que nos e requerirá el consentimiento del titular de la información para proporcionar los datos personales (artículo 32):
- Las pautas para el acceso a los datos personales (artículo 33);
- Los lineamientos para la modificación de los datos personales contenidos en cualquier sistema de información por parte de sus titulares o los representantes legales de estos (artículo 34), y
- La procedencia de la interposición del recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en el supuesto de negativa a entregar o corregir datos personales (artículo 35)

Lo importante a señalar en Guatemala es que la jurisprudencia de su Corte de Constitucionalidad, específicamente en Sentencia de 11 de octubre de 2006, Caso 1.356-2006, antes de la expedición de la citada Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, ya había realizado un análisis a una aproximación conceptual del derecho de autodeterminación informativa, señalando que el derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanaban, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.

La referida sentencia expresó:

Los avances de la tecnología informática generan a su vez una dificultad en cuanto a proteger adecuadamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona individual. Una solución a esa problemática ha sido la de reconocer el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, cuyo goce posibilita a éste un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor”.

La citada Sentencia de amparo No.1.356-2006, de 11 de octubre de 2006, expuso por otra parte que ante el reconocimiento del derecho de una persona a determinar la

existencia o inexistencia de registros o bases de datos en los que consten sus datos personales, y de obtener una rectificación, supresión o eventual bloqueo de estos si en su utilización indebida era posible, en efecto, afectar su intimidad y honor, correspondía determinar la manera en que podía solicitarse la tutela judicial de tales derechos.

Manifestó la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna, la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción procesal denominada *habeas data*, que en Guatemala, en ese momento, no había sido objeto de regulación legal.

México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con su importante modificación del 30 de abril de 2009, de acuerdo al Diario Oficial de la Federación, adicionó la fracción XXIX-O al artículo 73 de la Constitución, dio paso a una ley regulatoria del tratamiento de datos personales en el sector privado, y bajo modificación constitucional, por medio de decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 2009, se estableció la protección de los datos personales como derecho autónomo, cuyo contenido expresa:

“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

Posteriormente, se dictó la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, que reformó los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Sobre el particular, debemos comentar que pese esta Ley de protección de datos personales no es del todo amplia, ya que sólo delimita a los datos personales en posesión de particulares, ha sido de un gran avance en el ordenamiento jurídico mexicano; sin embargo, respecto a este tema, se ha sostenido que si bien la mencionada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, del año 2002, contiene parámetros y lineamientos, para que los ciudadanos puedan obtener información fidedigna, sobre el actuar de las entidades gubernamentales, así como rectificar o modificar los datos personales que dichas entidades puedan poseer, al igual que ocurrió con la configuración de la Ley Federal para la protección de datos personales en posesión de particular, se recurrió a una protección contenciosa

administrativa, eludiendo una tutela directa y efectiva a través de un medio de protección constitucional, como lo es el hábeas data.⁵

Finalmente, es importante destacar que el artículo 1 de la ley, luego de autodefinirse como de orden público y de observancia general en toda la República, establece que “tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas”.

Panamá

La Constitución de Panamá que data del año 1972, con su última reforma del año 2004, introdujo cambios importantes en varios temas, destacándose el reconocimiento del hábeas data, que ya desde el punto de vista legal era visible su existencia por medio de la Ley No.6 de 22 de enero de 2002 sobre transparencia y acceso a la información, la cual daba un desarrollo del artículo 41 constitucional (derecho de petición).

Encontramos entonces esta normativa en la Carta Fundamental panameña, como normativa de avanzada, específicamente en sus artículos 42 a 44, la cual paso a transcribir:

“Artículo 42: Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en base de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley. Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley”.

“Artículo 43: Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación”.

“Artículo 44: Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

⁵ Del Rosario Rodríguez, Marcos. “La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México (hábeas data)”, ponencia presentada en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. Santo Domingo, marzo de 2011.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial”.

Por su parte, la Ley 6 de 2002, diseña un conjunto de normas que regulan diversos aspectos de la acción de hábeas data que, en lo respectivamente pertinente, abordan las cuestiones de legitimación para articular la acción y objeto de esta (artículo 17); lineamientos para determinar la competencia para el conocimiento de la acción (artículo 18), y características de la tramitación de esta y aplicación supletoria de las reglas que regulan la acción de amparo de garantías constitucionales (artículo 19).

La mencionada Ley 6 de 2002 también recoge una serie de disposiciones con carácter sancionatorio y responsabilidades personales de los funcionarios. Así, quien incumpla su obligación de suministrar la información requerida por el tribunal que conoce de la acción de hábeas data, incurrirá en desacato y será susceptible de una multa e incluso hasta la destitución en caso de reincidencia.

También podrá imponérsele multa, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales derivadas del hecho, al funcionario que obstaculice el acceso a la información, destruya o altere un documento o registro. Incluso, la persona afectada por habersele negado el acceso a la información, una vez cumplidos los requisitos y trámites expuestos en la ley, tendrá derecho a demandar civilmente al servidor público responsable por los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado.

Finalmente, debe advertirse que en el ámbito jurídico panameño la acción de hábeas data puede también interponerse para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre (véase artículos 43 y 44 de la Constitución).

Con ello se consagra lo que algunos autores denominan el *hábeas data impropio*. Respetuosamente discrepamos de tal visión doctrinaria, pues desde nuestra óptica el hábeas data se aplica específicamente para ejercer el derecho de autodeterminación informativa respecto de datos personales y no para acceder a información pública o de interés colectivo no personal, acerca de la cual la acción o proceso constitucional sería el amparo; pero bueno, ese sería un tema a debatir desde la jurisprudencia.

Paraguay

La Constitución paraguaya de 1992, en su artículo 135, trae la expresión clara de la existencia del hábeas data; pero con la denominación de “*garantía constitucional de hábeas data*”, dentro del capítulo de las garantías constitucionales, el cual reza así:

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

Perú

El hábeas data en Perú se encuentra inserto en el artículo 200 de la Constitución de 1994, como una garantía constitucional, el cual procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos consagrados en el artículo 2, incisos 5°, 6° y 7°.

La particularidad de esta figura procesal se centra en que la acción de hábeas data puede dirigirse contra cualquier autoridad, funcionario o persona, es decir, que no limita la posibilidad de presentarse esta acción contra archivos o bancos de datos públicos, sino que también puede hacerse a los entes privados, aunado a que puede incoarse contra todo hecho por acción u omisión.

El citado artículo 2 constitucional establece una serie de derechos protegidos mediante la acción de hábeas data, como una garantía constitucional, específicamente los incisos 5°, 6° y 7° que pasamos a desarrollar:

Inciso 5°: establece el derecho a obtener información en un plazo legal de cualquier entidad pública, con excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las expresamente excluidas por ley o por razones de seguridad nacional.

Inciso 6°: establece el derecho a que los servicios informáticos, ya sean computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Inciso 7°: brinda protección jurídica al derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias y al derecho de respuesta.

Sobre el estudio de esta figura en Perú, el profesor Domingo García Belaunde, hizo una reflexión u observación, antes que la misma existiera como norma constitucional, por la forma de su aplicación, específicamente en el exceso normativo como era la de incluir el derecho a réplica, rectificación o de respuesta, lo que trajo como consecuencia una reforma constitucional en 1995, por aquella preocupación de que el hábeas data fuese utilizado con motivos políticos y para censurar a la prensa, que en

efecto, distintos medios de comunicación del país lideraron dicha reforma constitucional.⁶

Es oportuno hacer referencia a la Sentencia de 18 de marzo de 2011, dictada por el Tribunal Constitucional de Perú, en el Expediente No.0831-2010-PHD/TC, donde en demanda de hábeas data interpuesta por el ciudadano Carlos Alberto Fonseca Sarmiento contra Acelor, S.A.C., el actor solicita que se le ordena excluir del banco de datos Certicom toda información referida a las deudas crediticias debidamente abonadas a determinadas entidades bancarias y a los montos dinerarios a los que ascienden a dichas deudas por consumo mediante el uso de una tarjeta de crédito, y que se suprimiera por falsa la información referida a las deudas en soles y dólares al igual que la información referida a una supuesta deuda con una entidad bancaria, fue rechazada en primera instancia y confirmada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, por considerar esta que existían vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado, además de no haberse acreditado debidamente la consignación de datos inexactos por parte de la emplazada.

En este sentido, después de todo el recorrido procesal, el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de hábeas data por haberse acreditado la violación de los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la intimidad, donde recojo como elemento importante de análisis de la sentencia cuando expresa que respetar los *derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la intimidad* “implica no afectarlos desproporcionadamente”, añadiendo que si bien la información con relación a deudas crediticias oportunamente pagadas es idónea para la consecución de la finalidad de permitir a los ciudadanos evaluar la solvencia económica de las personas, vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago, incluir el monto específico de las deudas cubiertas resulta innecesario, puesto que se puede alcanzar el mismo objetivo, a saber, transmitir a los interesados la condición de *buen pagador* del titular de la información, sin especificar los montos de las deudas honradas. Por el contrario, a criterio del Tribunal Constitucional, la inclusión de dicha información (los montos específicos), sin el consentimiento expreso del titular, lesiona el derecho a la autodeterminación informativa, y el contenido protegido del derecho fundamental a la intimidad, en este caso, concretamente manifestado en el secreto bancario, protegido en el artículo 2, inciso 5° de la Constitución.

República Dominicana

La nueva Constitución dominicana del año 2010, establece la figura del hábeas data como una de las garantías a los derechos fundamentales, específicamente en su artículo 70, el cual señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o banco de datos públicos o privados y, en

6 García Belaunde, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Universidad César Vallejo e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Marsol, 1998, p.84.

caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Es importante manifestar que la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, modificada por la Ley No.145-11, establece la figura del hábeas data, cuyo régimen procesal es el mismo establecido para la acción de amparo.

Venezuela

La Constitución venezolana del año 1999, en su artículo 28, reconoce el derecho y protección a los datos personales, conforme se lee así:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

El autor Giancarlo Henríquez Maionica al estudiar este instituto de garantía de los derechos fundamentales, expresa respecto al texto ya transcrito, que toda persona tiene derecho a una serie de derechos informáticos; pero como los derechos no se tutelan solos ni son protegidos por otros derechos, su tutela se inserta en las garantías y es, o al menos debe ser, materializada por los jueces, de lo que concluye que la renuencia enunciativa de la garantía de hábeas data no es casualidad sino consecuencia de una fallida técnica legislativa, no por la técnica en sí, sino por el enfoque errático de los antecedentes normativos del artículo 28 de la Constitución.⁷

Por otro lado añade el autor Henríquez que, concebir el hábeas data como una categoría de amparo evoca un desconocimiento de la autonomía que, como garantía, el primero de los nombrados tiene.

Conclusiones

Debemos expresar que pensar en el hábeas data como una categoría de amparo supondría desconocer la autonomía que aquel claramente posee, aunado que el há-

7 Henríquez Maionica, Giancarlo. El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica. Revista de Derecho Constitucional, No.8, diciembre de 2003. Caracas, Sherwood, p.70.

beas data presenta características propias que la hacen merecedora de un trato individual.

No puede requerirse la acreditación de la inexistencia de vía judicial más adecuada, porque justamente el proceso de hábeas data es la vía idónea y propia para la protección del bien jurídico particular y específico que procura cautelar: el derecho de autodeterminación informativa.

En otras palabras, este instituto procesal tiene un objeto muy concreto que consiste en permitir al interesado controlar la veracidad de su información personal y el uso que de ella se haga. Por ello, no puede considerarse al hábeas data como una especie del género del amparo, más bien es una vía principal y directa de protección: el derecho de autodeterminación informativa; que es un derecho autónomo en el marco de la tutela de los datos personales.

Deseamos reflexionar sobre la conveniencia de independizar conceptualmente el derecho de autodeterminación informativa, como bien jurídico protegido por el hábeas data, de derechos personalísimos tales como la intimidad, el honor o la imagen, y aun el derecho a la identidad, sin desconocer que tienen puntos de confluencia en tanto el de autodeterminación informativa, más allá de su dimensión sustancial, ofrece una valiosa potencialidad instrumental de aquellos y otros derechos.

Así, el derecho de autodeterminación informativa consiste en la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso le darán, y se ejercita genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Bibliografía

- Ferrajoli, Luigi. (2000). El garantismo y la Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Fix Samudio, Héctor. (1994). "La protección Procesal de los Derechos Humanos". México.
- García Belaunde, Domingo. (1998). "La Jurisdicción Constitucional en el Perú".
- González Montenegro, Rigoberto. (2008). "La acción de hábeas data a raíz de las reformas constitucionales". Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá, año 6, Panamá.
- Murillo de la Cueva, Lucas. (1990). "El derecho a la autodeterminación informativa". Tecnos, Madrid.

Páginas web consultadas

- www.asamblea.gob.pa
- www.pjn.gov.ar
- www.scjn.gob.mx
- www.cjf.gob.mx
- www.corteconstitucional.gov.co
- www.cc.gob.gt
- www.tcpbolivia.bo
- www.organojudicial.gob.pa

Algunas reflexiones constitucionales México-Panamá, en relación a los derechos humanos

*Eduardo Barajas Languren*⁸

*Martín Eduardo Pérez Cazares*⁹

*María Guadalupe Ramos Ponce*¹⁰

Sumario: 1. Introducción, 2. Comentarios generales de diagnóstico, 3. Comparación de la detención en Panamá-México, 4. Comparación de los preceptos que establecen el penitenciario, 5. Aspectos de privacidad, 6. La libertad de creencias, 7. Libertades de pensamiento y de manifestarse pacíficamente, 8. Derecho de petición y queja, 9. Definición y análisis de hábeas data, 10. Conclusiones, 11. Propuestas, 12. Bibliografía.

Introducción

En el presente elaboraremos algunas reflexiones comparativas entre la Constitución Política de la República de Panamá y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde la perspectiva de los Derechos Humanos y sus garantías, previstas y sancionadas en ambos documentos importantes para el desarrollo, político, económico y social de ambos estados.

Es importante mencionar el contenido total de ambos documentos lo que nos puede llevar a precisar la importancia del presente, esto en virtud, de la cantidad de preceptos y lo que regulan, con la idea de precisar que todos los aspectos deben estar previstos en las Cartas Magnas de los estados, para lo cual, les comparto que la Constitución Política de la República de Panamá, tienen un total de 328 artículos; por otro lado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene un total de 136 artículos, más dos transitorios.

Es necesario aclarar que son 192 artículos de diferencia entre un documento y otro, lo que equivale a otra constitución más y sumarle 56 artículos más, esto nos puede brindar un panorama de cual es el documento que tiene mayor trabajo legisla-

8 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León, con maestría en administración de justicia y seguridad pública, abogado, Profesor Investigador de Tiempo Completo, en el Centro Universitario de la Ciénega, sede Ocotlán, de la Universidad de Guadalajara, miembro del SNI, nivel I, del Conacyt, Profesor con perfil deseable PROMEP, miembro y líder del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana, Presidente de la Academia de Investigación y Posgrado del CUCIENEGA, ebarajas9@hotmail.com.

9 Doctor en Ciencia Política, Maestro en Derecho Civil y Financiero, abogado, Profesor Investigador Titular, en el Centro Universitario de la Ciénega, sede Ocotlán, de la Universidad de Guadalajara, Perfil Promep, miembro del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana, mperezcazares@yahoo.com.mx.

10 Doctora por la Universidad de Oviedo, España, Profesora Investigadora de Tiempo Completo, Universidad de Guadalajara, Cuciénege, Sede Ocotlán, Perfil Promep, miembro del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana, lupitaramosponce@gmail.com.

tivo, sin confundir de igual forma, con las reformas o parches que se le hacen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o lo que algunos autores le llaman diarrea legislativa, por las costantes reformas que se realizan, algunas de ellas sin sentido y sin ser necesarias, ya que como lo he mencionado algunas son simples ocurrencias de grupos o de partidos políticos, que solo buscan el protagonismo.

Por lo que, en este breve ensayo elaboraremos algunas reflexiones sobre el contenido de ambas con la finalidad de que los lectores puedan crearse sus múltiples criterios y para ello, lo estructuraremos de la siguiente manera: Introducción, Comentarios generales de diagnóstico, Comparación de la detención en Panamá-México, Comparación de los preceptos que establecen el penitenciarismo, Aspectos de privacidad, La libertad de creencias, Libertades de pensamiento y de manifestarse pacíficamente, Derecho de petición y queja, Definición y análisis del hábeas data.

Comentarios generales de diagnóstico

Análizando la Constitución Política de la República de Panamá, respecto a los derechos humanos universales encontramos algunos elementos directrices en su contenido previsto y sancionado en esta legislación, así como, el preservar figuras que garantizan el respeto a los Derechos Humanos lo que le brinda certeza jurídica.

Es necesarios resaltar la estructura y amplitud de la Constitución Política de la República de Panamá, ya que se refleja en su contenido el preveer todas las instituciones, conservando principios doctrinales de figuras que garantizan la libertad, el acceso a la información pública y el patrimonio de la nación con una descripción muy atinada de todos sus elementos del estado.

Para nuestro gusto es importante como esta Constitución Política de la República de Panamá, menciona de manera muy precisa lo que comprende su territorio y ello, nos obliga a transcribir el precepto tercero que lo describe de la siguiente forma: “El territorio de la República de Panamá comprende la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica de acuerdo con los tratados de límites celebrados por Panamá y esos Estados. El territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado o enajenado, ni temporal ni parcialmente, a otros Estados”; de tal forma, que de manera precisa definen su espacio aéreo, entre los estados vecinos de igual forma, aludiendo a los tratados signados por los estados vecinos.

Es importante resaltar lo que se establece en el artículo séptimo de la Constitución de la República de Panamá, en virtud, de que a la letra establece: “El español es el idioma oficial de la República”, consideramos que mediante este precepto logran conservar, el que por otro tipo de intereses de otros estados pudieran influir en su idioma y poder imponerselo, motivo por el cual, merece esta previsión por parte de los representantes del estado panameño.

Comparación de la detención en Panamá-México

Cabe destacar aspectos muy interesantes que se prevén en la Constitución Política de la República de Panamá, inicialmente en su artículo veintiuno, mismo que es muy similar a lo que se establece en el artículo dieciséis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solo que por obviar tiempo y espacios, nos vamos a permitir mencionar lo que sugerimos se le debe agregar a este precepto, que de manera muy atinada para nuestro gusto se prevé en Panamá, solo su tercer párrafo, establece: “Nadie puede estar detenido más de veinte y cuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley”. Este precepto le brinda certeza a la ciudadanía, en virtud de establecer como máximo 24 horas, sin estar puesto a disposición de autoridad competente, a diferencia que la de la República Mexicana, deja abierto a establecer “sin dilación alguna” o “sin demora”, cuando en México, esto difícilmente se da cumplimiento, en nuestra opinión se le debe de agregar un término específico en horas.

De igual forma, es importante resaltar un aspecto muy interesante que me voy a permitir transcribir un párrafo del artículo veintiuno de la Constitución Política de la República de Panamá: “Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley”. En la parte final de este precepto establece lo más trascendental de este precepto, en virtud, de que sí el funcionario público no cumple en respetar el término de 24 horas, “Tiene como sanción la pérdida del empleo”, esto en nuestra opinión obliga a los servidores públicos a cumplir con lo establecido, a sabiendas que de no hacerlo se puede quedar sin empleo, algo así, debe de establecerse en México; sin dejar de mencionar, que también el precepto deja abierto denunciar por el abuso de autoridad de que fue objeto.

En la Constitución Política de la República de Panamá en algunos de sus artículos existen elementos esenciales con raíces doctrinales del derecho anglosajón, ya que aún utilizan palabras y términos en latín, conservando con ello, las tradiciones jurídicas fundamentales verbigracia en los artículos veintitres y el cuarenta y cuatro.

El primero establece que “todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben esta Constitución y la Ley, será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante la acción de hábeas corpus¹¹ que podrá ser interpuesta inmediatamente después de la detención y sin consideración a la pena aplicable”.

11 Con relación a esta garante figura Rafael de Pina Vara la define: “Antigua ley inglesa (de 1679), considerada todavía vigente, en virtud de la cual los tribunales tienen la potestad de requerir a cualquier autoridad que practique una detención para que presente el detenido y justifique los motivos legales del arresto, con objeto de ponerlo en libertad si estos datos no existen.

Se trata de una ley destinada a proteger a los ciudadanos contra las privaciones arbitrarias de la libertad.”; De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael.: Diccionario de Derecho, Porrúa, Vigésimoprimer edición, pág. 306, México, 1995; De igual forma, con la misma figura el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la define: “HABEAS CORPUS. I. El habeas corpus es un instrumento procesal de origen anglosajón que tiene por finalidad la protección de la libertad personal de los individuos, institución que ha tenido un enorme desarrollo en muchos otros países tanto de common law, como ajenos a este sistema jurídico.

La propia Constitución en análisis preeve que “la acción se tramitará con prelación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que, el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles”.

“El hábeas corpus también procederá cuando exista una amenaza real o cierta contra la libertad corporal, o cuando la forma o las condiciones de la detención o el lugar en donde se encuentra la persona pongan en peligro su integridad física, mental o moral o infrinja su derecho de defensa”. Es decir, esta figura es meramente del derecho penal, consecuentemente regula la detención, que repercute con la libertad del ciudadano.

Que en nuestra opinión favorece a el respeto a los derechos humanos de la sociedad panameña, en virtud, que con lo establecido por este precepto garantiza que la detención se apegará a los principios constitucionales, con la característica de ser sumarísimo, sin afectar horas y días inhábiles, este precepto debe ser adoptado por el estado mexicano, sí en realidad quiere mejorar el sistema de procuración de justicia y el respeto a los derechos fundamentales.

Comparación de los preceptos que establecen el penitenciarismo

En este subtema vamos a realizar un breve análisis de los preceptos que establecen el penitenciarismo en los estados en estudio, por tal razón, iniciaremos con lo establecido por la Constitución Política de la República de Panamá, misma que lo establece en el precepto veintiocho, en los siguientes términos: “El sistema penitenciario se funda en principios de seguridad, rehabilitación y defensa social. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos.

Originalmente, el habeas corpus inglés procedía frente a detenciones por parte de autoridades no jurisdiccionales, inclusive la Corona, sin orden ni autorización de tribunal alguno, en cuyo caso, el juez ante el cual se presentaba disponía la presentación física del detenido arbitrariamente el cual quedaba a su disposición, exceptuándose de este derecho cuando la detención se hubiera llevado a cabo por los delitos graves, la alta tradición y la detención por deudas civiles. Posteriormente se amplió en contra de órdenes de aprehensión dadas por jueces incompetentes, inclusive en Estados Unidos ha llegado a convertirse en un verdadero recurso penal de naturaleza federal.

II. Se sabe que el habeas corpus surgió en Inglaterra durante la Edad Media, aunque no se puede determinar el momento preciso ni sus caracteres en aquel entonces, por eso se dice que tuvo un origen consuetudinario, aunque más precisamente se debe decir jurisprudencial, dadas las peculiares fuentes del derecho inglés. El primer gran documento legislativo que vino a regular la vida de esta institución inglesa fue el Habeas Corpus Act de 1640, perfeccionándose y consolidándose en otra ley de 1679, complementándose con el Bill of Rights de 1689.

El habeas corpus fue recogido por todas las colonias británicas y especialmente los Estados Unidos, en donde ha tenido un desarrollo singular y por donde principalmente ha influido al derecho mexicano. En efecto la jurisprudencia permitió que a través del recurso federal de habeas corpus se impugnaran sentencias penales de tribunales locales incompetentes; a partir de 1873 se permitió impugnar mediante el mismo los errores sustantivos de las sentencias (integración de los jurados, aspectos probatorios, falta de asistencia legal, parcialidad, etc.) y desde 1879 resoluciones fundadas en leyes inconstitucionales; lo que ha llevado al Poder Judicial Federal de los Estados Unidos a centralizar prácticamente la justicia penal; ello ha ocasionado que en los últimos años se haya manifestado un sector importante de la doctrina –e incluso la Suprema Corte- en el sentido de limitar esta centralización por parte de los tribunales federales.

III. ...

IV. ...Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.: Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, décima edición, págs. 1567 y 1568, tomo II, México, 1997.

Se establecerá la capacitación de los detenidos en oficios que les permitan reincorporarse útilmente a la sociedad.

Los detenidos menores de edad estarán sometidos a un régimen especial de custodia, protección y educación”. Que en este precepto en nuestra opinión está muy escaso su contenido, desconociendo los resultados que tengan a la fecha este estado, en su sistema penitenciario, como lo es el índice de reincidencia que tengan y la efectividad para rehabilitar a sus sentenciados, ya que su sistema de rehabilitación social, le apuesta únicamente a la capacitación y comparándolo con el artículo dieciocho, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los elementos base para lograr la reinserción social, se establece que se organizará sobre la base, en primer término del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medio para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad.

Es evidente que la última de las constituciones establece más elementos básicos para lograr la reinserción social, no por eso podemos concluir que obtiene el objetivo de manera más rápida, eficiente y efectiva; en el elemento que ambas coinciden es en la capacitación, y la constitución aludida lo especifica que es la capacitación para el trabajo, en virtud de establecerlo en los términos de “la capacitación para el mismo”, refiriéndose al trabajo, por qué es el elemento que lo antecede, pero que en la práctica poco se le capacita para poder ponerse a trabajar en lo que aprendió, esto se preve desde la última reforma penal de 2008, misma que establecía una *vocatio legis* de tres años, para el sistema penitenciario y que a la fecha ya fenecieron y no se han visto las adecuaciones en el estado.

En esta reforma aludida, se cambió en término de readaptación social, por el de reinserción social, cosa que el país de México carece en su sistema de garantizar el obtener mediante la pena privativa de la libertad obtener una adecuada reinserción social, por lo que nos interesa estudiar la efectividad del encierro de la República de Panamá.

Otro aspecto que coinciden las constituciones es en que en esos mismos preceptos regulan lo relativo a los menores infractores o delincuencia juvenil, que en nuestra opinión los tres elementos básicos que se mencionan en la Constitución Panameña, son fundamentales cumpliendo a cabalidad con estos principios: “un régimen especial de custodia, protección y educación”, efectividad que desconocemos cual sea el resultado en la problemática de la delincuencia juvenil en Panamá, pero que con la educación como base fundamental para poder controlar esta problemática social actual, es adecuado y benéfico para poder tener buenos resultados.

En México, en los últimos años se ha tenido un problema muy grave con relación a los altos índices de jóvenes que ingresan a la llamada delincuencia organizada, en virtud de la obtención de recursos y ganancia de forma muy fácil obtienen en estas agrupaciones; tal ha sido la problemática que se han designado agentes del ministerio público especializados en menores infractores, jueces y salas de segunda instancia, aspecto que no ha beneficiado como se esperaba, ya que cada día aumentan los

índices de menores que viven de esa forma y en la educación no se han encauzado programas en particular para resolver esto.

Cabe destacar lo que sucede en el Estado de Jalisco en el centro tutelar para menores no les ofertan la educación preparatoria, cuando los menores que se encuentran en ese lugar tiene la edad para que estén cursando ese nivel de estudios, por lo que, consideramos se realicen estudios de campo para potencializar la reinserción adecuada de menores infractores y se oferte la educación media superior de manera obligatoria para los menores que este en esos lugares, ya que la educación es uno de los elementos esenciales para obtener una adecuada reinserción social.

Aspectos de privacidad

Consideramos digno de comentar lo establecido en el artículo veintinueve en su segundo párrafo, respecto a la privacidad que deberían tener los habitantes panameños; ya que en este precepto legal establece: “la correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”. Con lo anterior, se les garantiza el derecho a los habitantes de la República de Panamá, de que no se les violente el contenido de su correspondencia y sobre todo el tema de la conversación.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo dieciséis, en su primer párrafo, establece el equivalente al precepto anterior de la Constitución de Panamá, antes descrito que a la letra establece: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles, o posesiones, si no, en virtud de un mandato legal”; y de igual forma, en el octavo párrafo del mismo precepto, establece: “que la comunicaciones privadas son inviolables, solamente la autoridad judicial federal mediante un procedimiento estricto puede obtener esa información”; con estos preceptos de ambas Constituciones, denotan preocupación y respeto por este tipo de comunicaciones privadas y personales.

La libertad de creencias

Con relación a las creencias de profesar las religiones en la sociedad, la Constitución Política de la República de Panamá en su artículo treinta y cinco, lo preve en los siguientes términos: “Es libre la profesión de todas las religiones, así como, el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y al orden público. Se reconoce que la religión católica es la de la mayoría de los panameños”.

Nos parece adecuado el precepto, al otorgar la libertad al ciudadano de profesar la religión que mejor le acomode, lo que nos parece un poco complejo es establecer un término tan complejo como lo es “la moral cristiana”, pero algo importante es que el Constituyente de este documento, reconoce como mayoría la religión católica y que es de respetarse.

En la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, este mismo tema se establece en el artículo veinticuatro: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria”.

El estado mexicano le otorga a sus habitantes el albedrío de elegir la religión que más les convenga o guste, como también de practicarla sin limitación alguna, siempre y cuando no se violenten los derechos de los demás. Protege plenamente el derecho humano a la libertad de religión.

Libertades de pensamiento y de manifestarse pacíficamente

En relación a la libertad de expresarse por escrito la Constitución de la República de Panamá en su artículo treinta y siete, lo regula en los términos siguientes: “Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público”.

Sin lugar a dudas para generar respeto por las personas e instituciones públicas, es necesario establecer un adecuado mecanismo que brinde certeza material y jurídica para los integrantes de la sociedad, en virtud de no permitir que cualquier individuo ostentándose como un reportero o lector de notas periodísticas en cualquier medio impreso o hablado, por lo que consideramos estos preceptos que regulen esta actividad deben de estar redactados de forma adecuada y precisa, para no permitir malas interpretaciones.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esta actividad se establece en el artículo siete: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos

sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores. “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos”.

Aún y con que este precepto Constitucional se ha reformado recientemente en el año 2008, consideramos que se deben establecer límites en los reglamentos que de éste deben emanar, donde se aclare que son los periódicos, semanarios y diarios, su objetivo y función fundamental, así como, establecer sus límites de respeto a los ciudadanos e instituciones públicas, con la finalidad de evitar difamaciones e incluso publicar información sin sustento verídico.

Con relación a la libertad de reunión en forma pacífica la Constitución Política de la República de Panamá, lo establece en los términos siguientes: “Los habitantes de la República tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas para fines lícitos. Las manifestaciones o reuniones al aire libre no están sujetas a permiso y sólo se requiere para efectuarlas aviso previo a la autoridad administrativa local, con anticipación de veinticuatro horas.

La autoridad puede tomar medidas de policía para prevenir o reprimir abusos en el ejercicio de este derecho, cuando la forma en que se ejerza cause o pueda causar perturbación del tránsito, alteración del orden público o violación de los derechos de terceros”.

Los principios que nos parecen adecuados es avisar con una anticipación a la manifestación de veinticuatro horas, elemento que permite a la autoridad tomar las debidas precauciones para evitar problemas a ciudadanos ajenos a la manifestación.

Sin dejar de reconocer que la libertad de expresión es un elemento fundamental y necesario para el gobierno y la sociedad en general de un país, ya que con esto se permite la creación de la opinión pública elemental para darle sentido y fundamento a la mayoría de los principios del Estado constitucional.

El intercambio de opiniones e informaciones personales y colectivas, se originan con la expresión y discusión de las mismas de manera pública, contribuye a formar las opiniones personales y colectivas que tengan como finalidad concluir con propuestas para el beneficio de la sociedad en general y para el crecimiento del país.

Respecto a este mismo tema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo sexto en su primer párrafo que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Establecer un término tan complejo y difícil como lo es la moral, en una norma general no es lo apropiado, ni ético. La moral de manera ambigua se define como reglas o normas por las que se rige el comportamiento o conducta de un ser humano en relación a la sociedad. Analizando cuantos comportamientos y conductas diferentes existen, por lo cual, varían los tipos de morales, entonces de que moral nos establece la Constitución.

Ya que la moral no es un concepto concreto y cerrado que impone el gobierno y que tienen que seguir sus habitantes, ni siquiera en un núcleo familiar existe una misma moral, no hablemos en un círculo social; con la variedad de religiones que existen, los pensamientos liberales, varía el término de la palabra moral entonces como se podría establecer una misma moral para todo un país, por lo que establecer este término en el precepto es subjetivo a su interpretación.

Derecho de petición y queja

Con relación al derecho de petición y queja de algún funcionario es ejemplar, como lo describe la Constitución Política de la República de Panamá, para lo cual nos permitimos transcribirlo artículo cuarenta y uno: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.

La Ley señalará las sanciones que correspondan a la violación de esta norma”.

Tal y como se establece en este precepto lo fundamental de éste, es obtener pronta solución a la queja o petición, así como, lo más importante es que le establece un término al funcionario que recibe de treinta días, esto para nuestra opinión, es ejemplar, en virtud de que se trata de una petición, consulta o queja. Así como establecer una sanción al incumplimiento de la misma.

Por lo que ahora, lo compararemos con lo que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo ocho: “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.

En primer término vale la pena mencionar que este precepto en comparación con el de la República de Panamá, se queda muy corto en virtud, de que éste solo establece la petición y no petición, consulta o queja, de igual forma, solo menciona que “deberá recaer un acuerdo por escrito de la autoridad” y como término establece “en breve”, éste vocablo las autoridades lo interpretan como “nunca” y eso lo deja a que

el funcionario se quiera dignar en contestar, resolver o solucionar. Y lo que no le impone es sanción al incumplimiento.

Definición y análisis de hábeas data

En la Constitución Política de la República de Panamá, se refleja un interés en mantener a sus ciudadanos bien informados y puedan acceder a la información pública, así como, su rectificación y protección, esto lo establece desde el artículo cuarenta y dos, de igual forma les otorga el derecho para solicitar información de acceso público o de interés colectivo, así como, exigir su tratamiento leal y rectificación.

Una figura relevante y ejemplar en nuestra opinión, es lo establecido en el precepto cuarenta y cuatro, elaborado en los términos siguientes: “Toda persona podrá promover acción de hábeas data¹² con miras a garantizar el derecho de acceso a su información recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución. Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal. La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial”.

Con relación a esta figura prevista en la Constitución de Panamá, se hace necesaria en el Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que los ciudadanos mexicanos no cuentan con un recurso de garantía como éste y lo anterior, origina que lo que se le conoce como el Buró de Crédito integra al mismo a los ciudadanos que ya liquidaron los créditos que les fueron otorgados, originando con lo anterior, abusos, errores en la información y problemas de gasto de los ciudadanos, pero lo lamentable que nadie hace algo para solucionar esta problemática.

Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que

¹² Es fundamental definir qué es y para qué sirve el “Hábeas Data”, una figura poco estudiada en la República Mexicana, para ello, iniciaremos explicando que es, de acuerdo con la autora Marcia Muñoz de Alba Medrano, comparte el concepto siguiente: “Recurso procesal diseñado para controlar información personal contenida en bancos de datos, cuyo derecho implica la corrección, la cancelación, y la posibilidad de restringir y limitar la circulación de los mismos. Adoptado este concepto por diversos países latinoamericanos, simulando el recurso de Hábeas Corpus que protege la libertad, el Hábeas Data protege la información nominativa, es decir, aquella que identifica al individuo”; MUÑOZ de Alba Medrano Marcia.: “Hábeas Data”, pág. 2, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf>; con relación a la propia definición de Hábeas Data el distinguido jurista argentino Oscar Puccinelli, la define de la siguiente forma: “Así Hábeas Data al pie de la letra significa: Toma los datos que están en tu poder y entégalos al interesado” o “brinda al interesado, mediante certificación todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder que pueda defender él sus derechos en juicio”; PUCCINELLI Oscar.: El Hábeas Data en Indoiberoamérica, Temis, Pág. 296, Bogotá, 1999.

tengan carácter personal. Sin lugar a dudas, que el tener este principio en el documento Constitucional le trae beneficios a la sociedad.

El análisis realizado a la Constitución Política de la República de Panamá en especial al capítulo uno sobre las Garantías Fundamentales se podría indicar que esta es la base medular de la constitución y del país, ya que son los cimientos de la organización, equilibrio y control social.

Lo que nos queda de reflexión es que durante años, al menos en el transcurso de nuestra educación en los diferentes niveles, se nos ha socializado que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una de las mejores Constituciones del mundo; calificativo que no compartimos en virtud de que para hacer esa afirmación, primero debemos conocer el contenido de otros documentos constitucionales de otros estados.

Ahora bien, después de este breve análisis podemos estar en condiciones de aportar algunas conclusiones del tema:

Conclusiones:

Primera: Del breve análisis comparativo realizado a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se observa que se han elaborado reformas, sin realizar estudios de factibilidad y beneficio social.

Segunda: Se observó que la Constitución Política de la República de Panamá, contempla las figuras del Hábeas Corpus y del Hábeas Data, mismas que le garantizan a los ciudadanos los derechos inherentes a la detención y el derecho a la actualización, acceso a la información del ciudadano.

Tercera: Así mismo, se observa que del documento de la Constitución Política de la República de Panamá, una coherencia y claridad en el contenido de la misma, así como, cada precepto establece de manera muy precisa la obligación y solución a la petición, consulta ó queja.

Propuestas:

Primera: Consideramos que a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le faltan algunas horas de trabajo, es decir, coincidimos en que le falta prever algunas figuras que garanticen derechos fundamentales de la ciudadanos de ese estado y su contenido sea más abundante previendo todos los supuestos que se originan actualmente.

Segunda: Sugerimos se le agreguen las figuras del Hábeas Corpus y del Hábeas Data, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí es que se piensa en garantizar a los ciudadanos los derechos que esas figuras contemplan.

Tercera: Se propone realizar estudios sociológicos jurídicos a nivel nacional en la República Mexicana, con el apoyo de las universidades con el objeto, de adecuar la Carta Magna vigente, elaborando un Código de Procedimientos Constitucionales.

Bibliografía:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República de Panamá.

De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael.: *Diccionario de Derecho*, Porrúa, Vigésimoprimer edición, México, 1995.

Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.: *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, décima edición, tomo II, México, 1997.

PUCCNELLI Oscar.: *El Hábeas Data en Indoiberoamérica*, Temis, Bogotá, 1999.

Páginas web consultadas:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf>.

“El papel del juez en la justiciabilidad de los derechos humanos en Panamá”

Magíster Francisca Esther Bedoya Rodríguez¹³

Sumario: 1. Introducción; 2. El rol del juez en la protección de los derechos humanos, 3. Las decisiones judiciales, 4. Función judicial y Justiciabilidad, 5. La jurisdicción constitucional en la justiciabilidad de los DESC, 6. Los jueces y el Control de convencionalidad, 7. Conclusión, 8. Bibliografía.

Introducción

En esta oportunidad, me permito hacer referencia a la figura del juez, encargado que la tutela judicial en la protección de los derechos humanos sea efectiva, y en particular, sobre su rol para garantizar que toda persona que acude a la instancia jurisdiccional logre la tutela que busca.

Al cumplir con este propósito, el juez debe tomar una decisión, luego del análisis y aplicación de una serie de principios, pues el derecho no es una esfera aislada o separada del universo de la actividad humana, plantea problemas objetivos y concretos que hay que resolver con la aplicación de leyes y principios a fin de evitar cualquier interpretación antojadiza, por el contrario, con el orden y razonamiento de las ideas para descubrir la verdad.

De manera que, el papel de los funcionarios judiciales y otros operadores de justicia, así como de aquellos funcionarios públicos que tiene relación con la administración de justicia, no solo deben cumplir con requerimientos académicos y técnicos- lo cual es un requisito *sine qua non*- para su función, sino que deben asumir un compromiso ético ineludible.¹⁴

Un elemento adicional y de particular análisis son las decisiones a que llegan o lo que resuelven las cuales deben ser el resultado de la aplicación de principios, reglas o teorías guían la actividad de los jueces.

Como manifestó Carnelutti, el juez es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces¹⁵. Por tanto, su participación en la justiciabilidad de los derechos humanos, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al

13 Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá; Postgrado en Derecho Procesal, Diplomada en Derechos Humanos y Sistema Penal Acusatorio, Profesora de Educación Media con Especialización en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, correo electrónico franciseb25@yahoo.com.

14 **RODRÍGUEZ RESCIA**, Víctor, Curso Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Honduras, página 64-66.

15 **CARNELUTTI** Francesco. Derecho Consuetudinario y Derecho Legal Revista de Occidente, Enero de 1964, pág. 11 tomado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2231/9.pdf>

menos de algunas de las obligaciones que constituye el objeto del derecho¹⁶, y en particular los DESC, es determinante, ante una discusión doctrinaria todavía actual que se centra que estos derechos sean justiciables por el carácter programático.

Por un lado, están aquellos defensores del criterio que los DESC no son objeto de tutela ante los tribunales, y por el otro, los que señalan que los DESC como cualquier otra garantía fundamental le son inherentes al individuo, es decir, son susceptibles de reclamación ante un órgano jurisdiccional.

Esta última posición avalada por los autores Curtis y Abramovich, que expresan que uno de los sentidos de la adopción de tratados o instrumentos que establecen derechos para las personas, y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste justamente en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos. En consecuencia, el incumplimiento de la obligación, derecho o compromiso estatal se puede reclamar a través de los mecanismos procesales que se establezcan en el país para que las personas afectadas puedan tener acceso a la justicia, y de esta manera tutelar sus derechos¹⁷.

La efectividad de los derechos sociales y económicos a través de procedimientos ante los tribunales es cuando se da la vinculación con el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales, cuando no se da su reconocimiento o respeto, los cuales están reconocidos teóricamente tiene que lograrlo en la práctica.

En consecuencia implica que la justiciabilidad de los derechos humanos es pretender que estas garantías no sean solamente aspiraciones o utopías, sino reales e indiscutibles derechos de las personas.

Otro de los aspectos que rodea a la figura de los jueces es la independencia de sus actuaciones, y más que un aspecto diríamos que una característica o elemento distintivo de toda autoridad que imparte justicia.

En lo que respecta a la República de Panamá, la Constitución Política manifiesta el carácter de independencia de las actuaciones de los magistrados y jueces, sin embargo, el nombramiento de algunos de ellos queda supeditado a los superiores jerárquicos, en consideración nuestra dando cabida a la dependencia de los jueces inferiores en relación con los superiores.

Esta situación no ha pasado desapercibida por algunos sectores de la sociedad que han alentado a las reformas de la Constitución Política, y en ella el mecanismo de selección que pueda garantizar la independencia judicial.

Como bien lo manifiesta el abogado panameño José Juan Ceballos la independencia del juez no es un privilegio de éste, sino un derecho de los ciudadanos y una ga-

16 **CALDERON BARRANTES**, Marcela, Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales: El Papel de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica en la efectiva tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Universidad de Costa Rica, pág. 63, 2008.

17 **ABRAMOVICH**, Víctor y **COURTIS** Chistian. Hacia la Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, pág. 15, s/a, publicado en www.ajuv1121.org/index.php/biblioteca?...7...de...abramovich

rantía del correcto funcionamiento del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible¹⁸.

Aun cuando en Panamá se establecieron mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos humanos, a partir de la década de los años 90, encontramos que no ha sido extensiva por completo esta protección a los denominados derechos de segunda generación, los DESC. En la actualidad fallos de quienes integran la más alta corporación de justicia en el país, sobre la justiciabilidad de los derechos humanos sociales y económicos, no han producido su protección efectiva, por consiguiente, resulta interesante discusión y reflexión relativa al rol del juez en la justiciabilidad de estos derechos en el país.

El rol del juez en la protección de los derechos humanos

La representación del juez se le reconoce como parte de la cultura de toda sociedad que ha tenido en distintas épocas, diferentes denominaciones, pero en su mayoría la persona encargada de administrar justicia.

En el periodo de la República Romana, el magistrado judicial era al mismo tiempo, funcionario del orden político o dirigía ejércitos, disponía del "*ius edicendi*", de tal manera que sus actividades eran administrativas, legislativas y judiciales. No había división de poderes. En la época del imperio el soberano era la fuente de todo derecho y de toda justicia y sus delegados atribuían a cada uno lo que es suyo, con apelación reservada para ante el mismo ("*quod principi placuit, legibus habet vigorem*")¹⁹.

El rol del juez depende de la clase de Estado en que se encuentre. En el modelo de Rousseau y de Montesquieu denominado Estado de derecho, como ideología y como fenómeno cultural, se presenta al sometimiento de los hombres al derecho y el derecho eran las leyes; el juez por tanto no era un ser pensante sino un auténtico mecánico²⁰.

En cualquiera de las corrientes en que se circunscriba: realismo jurídico²¹, racionalismo jurídico²² o existencialismo jurídico²³, no puede darse una separación del fundamento del derecho cuando se encuentra frente a las normas, leyes, y códigos.

18 Diario La Estrella de Panamá, Una Mirada al Órgano Judicial y Cómo Mejorarlos, Domingo 25 de mayo de 2014 publicado

<http://laestrella.com.pa/panama/politica/mirada-organo-judicial-como-mejorarlo/23773897>.

19 COLMENARES URIBE, Carlos. El Rol del Juez en el Estado Democrático Social de derecho y Justicia El Rol del Juez en el estado democrático y Social de Derecho y Justicia, GIDPRO, universidad Libre de Colombia, Cúcuta, pág. 7,

<http://colmenaresabogados.com/userfiles/EL%20ROL%20DEL%20JUEZ%20EN%20EL%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20Y%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20Y%20JUSTICIA.pdf>

20 COLMENARES URIBE, Carlos El Rol del Juez en el estado democrático y Social de Derecho y Justicia, GIDPRO, universidad Libre de Colombia, Cúcuta, pág. 7,

<http://colmenaresabogados.com/userfiles/EL%20ROL%20DEL%20JUEZ%20EN%20EL%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20Y%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20Y%20JUSTICIA.pdf>

21 El realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. CAMPOS FLORES Evelyn Patricia. El

La representación del juez en cada uno de los tipos de Estados presenta una particularidad o diferenciación. Así en el Estado Liberal, esto es, en el Estado formal, el estado de las leyes, un culto al formalismo, el papel del juez era casi nulo, la interpretación estaba casi restringida, bajo el entendido que todo lo ataba la legalidad, el llamado gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres, por eso se puede afirmar que la gran diferencia entre el Estado formal de Derecho y Estado Social de Derecho es que primero el derecho es la ley y en el segundo el derecho es el hombre.

Tenemos que en el Estado formal de Derecho el contacto del Juez se da con los expedientes, es indiferente, pues la ley piensa por él, no dirige el proceso, es un mero espectador, no se habla por consiguiente de un juez con poderes y deberes.

El papel del juez marca la diferencia entre el Estado Legal y el Estado Constitucional, donde este último el juez no aplica, solo que interpreta jurídicamente los principios, los valores y los derechos.

En el Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos En lo que respecta a la nueva idea de lo que se concibe por Estado Social de Derecho y de Justicia, debe partir de la humanización del derecho, que parte de la dignidad humana, teniendo claro que juzga para justiciables, estos justiciables tienen el deber de cumplir sus responsabilidades sociales, defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social.²⁴

Sobre el rol del juez, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-119 del 11 de febrero de 2005²⁵, vino a sostener que:

“Una de las características emblemáticas del Estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección,

realismo Jurídico Norteamericano: Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 10, 2013. http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

22 Como expresa Carlos Fuentes López, en su obra *El Racionalismo Jurídico*, primera edición, 2003, Universidad Autónoma de México: “El racionalismo defiende y postula un iusnaturalismo, basado en la existencia de normas generales, abstractas y eternas, que regulan la naturaleza del hombre, sobre las cuales debe descansar todo sistema de derecho positivo para ser válido y obligatorio. . Estas leyes naturales pueden ser formuladas y conceptuadas por el hombre por su sola razón, por lo que la regulación de la vida del hombre en sociedad puede ser reducida a dichas leyes, cuya precisión y validez universal se asemejan a las leyes de la naturaleza, con las que comparte el método matemático, único capaz de proporcionar claridad y evidencia que exige la verdad racional.” A la corriente de pensamiento jurídica y política enmarcada en el racionalismo como sistema filosófico se le conoce como la “Escuela del Derecho Natural”

23 De modo diferente en Heidegger, la existencia del hombre no es anterior a su existencia porque si esencia consiste en la misma existencia. La conducta es el instrumento por el cual se expresa su existencia en el mundo, inventando, descubriendo, dándole un sentido y orden al universo y por ende creando normas (sistemas jurídicos de convivencia, lo cual al mismo tiempo se contraponen con la esencia misma del existencialismo que dice que el hombre es libertad. Por lo tanto, el derecho no pre existe al humano, el humano crea al Derecho y pre existe a él.

24 COLMENARES URIBE, C, ob cit , página 21.

25 COLMENARES URIBE, C., ob cit , página 15.

por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas.

De manera puntual, podemos señalar que la labor del juez al aplicar derecho de los derechos humanos, se constituye en la base fundamental de la protección efectiva de los derechos y garantías fundamentales, sin la cual los principios que encamine a la protección de la persona en contra del abuso del poder tienen una gran probabilidad de ser inaplicables en todo o parte de su contenido.

Por último, y desde un plano reflexivo, citando las palabras de Aharón Barack en su discurso El papel del Juez en un Democracia manifestó:

“...Juzgar no es simplemente un trabajo, es una forma de vida. Cada juez debe cumplir su vocación con integridad intelectual y humildad, junto con sentido social y comprensión histórica. Debe esforzarse en encontrar soluciones que reflejen un equilibrio de justicia e igualdad para todos. Así, por encima de todo, debe luchar por llevar a su más completa expresión el valor básico que esencialmente se predica de toda ley y en el que toda sociedad se basa: la Justicia. El juez debe hacer justicia. Si Justicia y Derecho tienden a converger - como deben- el juez no debe definirse a sí mismo como “progresista” o “conservador”. Esa son sólo clasificaciones vacías desprovistas de significado normativo. Representan un envase vacío con potencial para llevar a conclusiones erróneas. En lugar de ponerse etiquetas adhesivas, los jueces deben realizar su misión desde el anhelo de la salvaguardia del imperio de la ley; esto es, preservando el imperio de la ley, no el imperio de los jueces; la norma de la ley, no meramente la ley de las normas.”²⁶

Las decisiones judiciales

La tarea del juzgador es emitir una decisión que conduzca a dar certeza sobre la verdad y el derecho reclamado. Más allá de esto implica una serie de razones que involucra garantizar derechos de quienes son partes del proceso, es también una garantía para sociedad que su decisión sea producto de una exegesis racional y no de una arbitrariedad, pues aun cuando el juez tiene toda la libertad en interpretar las normas, hay una reflexión axiológica valorativa de sometimiento del poder que representa, al derecho y control del mismo.

26 **ABREU BURELLI**; Alirio. Responsabilidad del Juez y Derechos Humanos, s/a, publicado en <http://www.venezuelaprocesal.net/AbreuResponsabilidadJuez.htm>

Para el autor Richard Posner, existen muchas teorías positivistas (en el sentido de descriptivas, como algo que se opone a normativas) del comportamiento judicial, que se centran en la explicación de las decisiones de los jueces²⁷.

Dependiendo de la corriente en que se desenvuelve el juez, que ya señaláramos, va a presentarse una problemática entre la decisión del juez y a interpretación del derecho.

Las normas aconsejan al juez sobre cómo proceder, van dirigidas al ciudadano y no simplemente textos, sino previsiones de cómo va a actuar el tribunal en un caso determinando.

Nos dice Oliver Holmes, las normas son meramente indicativas, por los que el juez tiene un amplio arbitrio en su labor decisoria. Sostuvo la necesidad de un análisis histórico de las norma en el Derecho, ya que esta es una práctica inductiva y razones, siempre revisable desde la labora judicial²⁸.

Para este ex juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, los tribunales convierten las normas sociales en actos jurídicos, donde el juez se transforma en el eco de lo que la comunidad reclama y la valoración principal que realiza es para determinar lo que es conveniente para la sociedad interesada.

De acuerdo a esta postura, los jueces como actores sociales llegan a tener una responsabilidad al ser parte de la comunidad a que van dirigida sus decisiones, hay un cambio relevante para la vida de los miembros de la comunidad. Esta postura genera una crítica para los denominados jueces normativistas, al considerar que estos no enfrentan las consecuencias de sus decisiones al escudarse en el apego literal de la ley.

Por su parte, Jerome Frank sostuvo que las decisiones de los jueces son reflejos de su experiencia personal. Existirán factores que afecta su noción de los hechos del proceso, “dónde nació y se educó, las personas que conoció, sus padres, sus profesores y compañeros, la mujer con la que se casó, los libros y artículos que leyó, entre otros²⁹.”

Creemos que corresponde al juzgador efectuar un análisis de valores e intereses, que por medio de una motivación exponga las razones de la decisión a que llega teniendo como apoyo el derecho del justiciable en el interés legítimo de la comunidad en conocerla. Toda decisión judicial debe ser motivada para garantizar los derechos y libertades ciudadanas y evitar la arbitrariedad y abuso del poder.

De lo expuesto, omitir y crear teorías que pretendan señalar que el juez no opera con discrecionalidad, sino que utiliza los principios de la objetivación de la moral, como lo ha señalado Dworkin, es disfrazar a realidad, es hacer teoría obviando las

27 **POSNER**, Richard A., *Cómo Deciden los Jueces*, Traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, página 31, 2011 publicado en <https://www.marcialpons.es/static/pdf/100894922.pdf>

28 **CAMPOS FLORES** Evelyn Patricia y **SEPÚLVEDA HALES**, Bárbara, *El Realismo Jurídico Norteamericano*: Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 63, 2013 publicado en http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1.

29 **CAMPOS FLORES** Evelyn Patricia y **SEPÚLVEDA HALES**, Bárbara, *El Realismo Jurídico Norteamericano*: Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 63, 2013 publicado en http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

características propias de las personas que son las encargadas de la aplicación de las normas³⁰.

Ante esto, es innegable que las decisiones de los jueces pueden estar predominadas por su personalidad, prejuicios o creencias, entre otros componentes, en definitiva, son seres humanos que aplican el derecho.

En el caso particular de la selección de jueces de niveles superiores, en nuestro país, su nombramiento puede también influir en la forma de decisión. La Constitución Política en el artículo 203, establece que la Corte Suprema de Justicia estará compuesta del número de magistrados que determine la Ley, nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete (es decir el Ejecutivo), con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo. Aun cuando más adelante, en el artículo 210 de la Carta Política panameña exprese que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley.

El Reglamento de la Carrera Judicial cuenta con un sistema de selección, evaluación y nombramiento en atención a los conocimientos, experiencias, méritos y capacidades del aspirante. En el proceso de selección de los aspirantes se toma en cuenta el nivel académico, experiencia laboral, ejecutorias y publicaciones, otros conocimientos como idiomas, manejo de máquinas o equipos como informáticos, conducta social y profesional y salud.

No obstante, el aspirante no es sometido a ninguna prueba para ponderar aspectos importantes en un juzgador, como razonamiento lógico y conocimientos generales básicos, entre otros.

Función judicial y Justiciabilidad

La función judicial descansa en el ejercicio de un cumulo de facultades limitadas por Ley, la aplica y obliga con las decisiones a las partes, en algunas ocasiones establecen una forma de interpretar la ley en casos similares.

Se constituye en el mecanismo indispensable para la vigencia de los derechos fundamentales, que están consagrados en normas nacionales e internacionales como parte del cuerpo normativo de todo Estado.

La función judicial se entiende como el ejercicio de las facultades o del oficio que es propio de los jueces y también la capacidad de actuar de una manera específica que caracteriza al poder judicial como poder del Estado.³¹

La justiciabilidad referida a los derechos humanos es poder tener acceso a los órganos judiciales con el propósito de tutelar un derecho que no ha podido adquirir pleno efectividad

30 CAMPOS FLORES Evelyn Patricia y SEPÚLVEDA HALES, Bárbara, El Realismo Jurídico Norteamericano: Escuela de Derecho, Universidad de Chile, página 74, 2013 publicado en http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

31 RUIZ-TAGLE, Pablo, Análisis comparado de la Función Judicial. Estudios Públicos, pagina 134. http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1312_1214/rev39_ruiztagle.pdf.

La Constitución Política de la República de Panamá, establece que el poder público solo emana del pueblo y los ejerce el Estado conforme a la Constitución, por medio de los órganos Legislativos, Ejecutivo y Judicial los cuales actúan limitada y separadamente. El poder judicial lo constituye la Corte Suprema de Justicia como máxima representación, y los tribunales y juzgados que la Ley establezca, reconociendo la jurisdicción arbitral

Más allá de la intervención en el equilibrio de los poderes, el Estado tiene obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que adopta, en el que la abstención de conductas que por acción u omisión vulneren los derechos. Ante esto, el Estado asume la responsabilidad de adoptar medidas para prevenir las violaciones los derechos y proteger a todas las personas de eventuales violaciones y cuando los derechos han sido violados, garantizar el acceso de las víctimas con los recursos efectivos de reparación y establecimiento de los derechos y el deber de investigar sancionar a los responsables.

Es ese contexto en el que la administración de justicia tiene una responsabilidad primordial en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, pues le compete la protección judicial en las circunstancias de vulneración o amenaza de los derechos humanos y el investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de conductas violatorias como hacer efectivos el derecho de las víctimas a obtener un resarcimiento o reparación adecuadas.

La estructura valorativa y normativa de los derechos humanos cobra validez solo desde el momento en que las denuncias concretas por violación a sus disposiciones son resueltas efectivamente por las instancias jurisdiccionales, a través de los mecanismos procesales al efecto.³²

La jurisdicción constitucional en la justiciabilidad de los DESC

La Segunda Guerra Mundial marcó el inicio de lo que hoy día se divulga como la Constitucionalización del Derecho y la preeminencia de los derechos humanos.

Para el siglo XIX el orden jurídico giraba en torno al acatamiento ciego de la ley, pero a partir del siglo XX las cosas cambiaron porque el eje central lo constituye la Carta Magna o carta fundamental. La Constitución pasó de ser un documento político a un documento eminentemente jurídico.³³

Como quiera que en buena medida, el respaldo normativo a los derechos humanos, se encuentre en normas de origen internacional³⁴, existen ordenamientos internos que jerarquizan el rango en donde son ubicadas las disposiciones de derecho internacional.

32 **ABREU BURELLI**; Alirio. Responsabilidad del Juez y Derechos Humanos, s/a, página 3, publicado en <http://www.venezuelaprocesal.net/AbreuResponsabilidadJuez.htm>,

33 **ARRIETA FLÓREZ**, Vicente de Jesús. La Constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia, Revista de Pensamiento Americano, Vol. 2. Enero-Junio 2009, página 65

34 **PASARA** Luis. Jueces y Derechos Humanos en Centroamérica, página 1, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_07.pdf

La jurisdicción constitucional se entiende como el Poder de los órganos del Estado y el deber de éste para con los ciudadanos para declarar el derecho. Según Ramiro Podeti, es el poder público que el gobierno ejercita a través del poder judicial instruyendo un proceso para esclarecer la verdad “actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”³⁵.

La jurisdicción constitucional debe tener un papel determinante en la tutela judicial de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, entre ellos, los derechos sociales y económicos.

El sistema nacional de protección de los derechos humanos encuentra su piedra angular en el propio sistema de administración de justicia. En forma complementaria y específica para la materia, la propia Constitución Política, como en el caso de Panamá, establece la jurisdicción constitucional y la Defensoría del Pueblo como mecanismos especializados para la protección de los derechos humanos.

Si bien no es la intención entrar a deslindar que se entiende doctrinalmente por jurisdicción constitucional, es pertinente, indicar en esta oportunidad, un concepto que se refiere ésta. Entonces tenemos que cuando se alude a la jurisdicción constitucional, es al ejercicio de la administración de justicia en aquellos casos en los que la materia sobre la que se pronuncia, tiene como fundamento la Constitución. Es decir, la jurisdicción constitucional es la que se establece con miras a que al ejercerla, se lleve a cabo la protección del contenido normativo de la Constitución.

Aparte de esta protección, la jurisdicción constitucional prevé los mecanismos para la tutela de los derechos fundamentales, ya sea que éstos se encuentren establecidos en la Carta Política o en tratados internacionales.

Con respecto a ello, Hernández Valle expresa que dada la importancia de los derechos fundamentales y que su plena eficacia sólo se logra mediante una tutela efectiva, las corrientes doctrinarias modernas, así como las diferentes legislaciones, consagran remedios procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales, lo que se logra así con los procesos constitucionales establecidos y regulados con la finalidad de brindar la protección jurisdiccional que reclaman tales derechos.³⁶

Coincidentemente, tiene razón Asensi Sabater en el sentido de señalar que el mero reconocimiento constitucional de los derechos es un requisito jurídico político necesario, pero no suficiente para garantizar si efectiva aplicación³⁷.

En este orden de ideas, En el Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I Garantías Fundamentales se consagran los mecanismos de protección jurisdiccional constitucional de los derechos fundamentales, Habeas Corpus (art. 23), Habeas Data (art. 44), Amparo de Garantías (art. 54).

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional latinoamericana, ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos justiciables.

35 GIL RENDÓN, Raymundo. El Nuevo Derechos Procesal Constitucional. Análisis de Casos Prácticos, Editores Ltda., Bogotá, Colombia, página 55, 2011.

36 GONZALEZ MONTENEGRO, Rigoberto (2003). Curso de Derecho Procesal Constitucional, Segunda Edición Litho Editorial Chen 2003, Panamá, pág. 28.

37 GONZALEZ MONTENEGRO, R. ob cit., pág. 200.

El profesor Claudio Nash Rojas en un estudio expone esta reciente tendencia jurisprudencial que se encuentra en la misma línea que la desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁸. Agrega que la justiciabilidad e los DESC se puede aoreciar en razonamientos que los tribunales constitucionales latinoamericanos, con competencia constitucional, han utilizado dotar de exigibilidad y contenido normativo a estos derechos; plantear su justiciabilidad a través de la conectividad entre los DESC y derechos civiles y políticos para hacer posibles los primeros; reconocer el principio de progresividad al que estarían sujetos estos derechos y establecer acciones concretas o políticas pública que debe adoptar el Estado en esta materia³⁹.

Así el Nash Rojas cita en su estudio lo acotado por la jurisprudencia de Colombia, Costa Rica y Perú sobre tres cuestiones: la forma en que la jurisprudencia constitucional está interpretando los derechos con contenido prestacional; el alcance y fuerza normativa que les otorga, sí se les ha otorgado algunas fuerzas normativa y si esto tiene impacto en el campo de las políticas públicas.

Colombia: La jurisprudencia constitucional colombiana ha dado importantes pasos en orden a considerar que de los derechos fundamentales en cuanto a mandatos normativos de contenido complejo surgen obligaciones prestacionales para el Estado. En Colombia se ha avanzado tanto en la fundamentación de las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos fundamentales, como en el desarrollo de una serie de consecuencias en materia de políticas públicas, con vista a dotar de efectividad a su consagración constitucional.

Costa Rica: La Sala Constitucional ha generado un importante desarrollo conceptual en el sentido de que la consagración constitucional de los DESC, posibilita extraer obligaciones positivas para los Estados y la adopción de determinadas políticas públicas.

Perú: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano también ha reconocido una visión integral de los DESC, entendido que su concreción constitucional genera obligaciones concretas para el Estado⁴⁰.

Los jueces y el Control de convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el control de convencionalidad en el Caso Almonacid Arellano⁴¹ y completado por otros, especialmente Traba-

38 **NASH ROJAS**, Claudio. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Justicia Constitucional Latinoamericana: Tendencias Jurisprudenciales, Estudios Constitucionales Vol. 9, No. 1, Santiago, página 67 publicado http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000100004&script=sci_arttext

39 **NASH ROJAS**, Claudio, Ob. Cit. Página 68.

40 **NASH ROJAS**, Claudio, Ob. Cit. Página 71.

41 Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Caso *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras*

ADORES cesados del Congreso, que mandata a los jueces nacionales reptar inválidas a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana y dada a ésta por la Corte Interamericana.

En su voto razonado a la sentencia, el ex juez Sergio García Ramírez señaló que si bien en el caso concreto de la Corte se refirió al control de convencionalidad

Como bien señala Néstor Pedro Sagües, es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Agrega, que su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales⁴².

La doctrina del control convencional inicia su desarrollo en los años 2003 y 2004, a través de los votos razonados que la explicaban. Su desarrollo posterior se da ya en las sentencias de la Corte Interamericana y por primera vez en el año 2006, en un caso contra Chile en donde la Corte determinó que ante las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de un tratado internacional como la Convención Interamericana, los Estados, al estar sometidos a ella, debían “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos humanos.⁴³

Conclusiones

Los jueces a través de la autoridad que le otorga el poder que representan, tienen el mandato primordial de hacer cumplir las leyes y en particular frenar el abuso del poder que afecta los derechos del individuo. Es en esta situación que el reconocimiento de los derechos tienen eficacia cuándo es posible la intervención de la entidad judicial para garantizar a través de los mecanismos procesales el derecho reconocido por la autoridad estatal.

La jurisdicción constitucional prevé los mecanismos procesales para hacer efectiva la tutela y protección de los derechos humanos. La función judicial debe contar entre sus características con la accesibilidad del afectado a activar la protección y la practicidad de los derechos contenidos en las normas.

Los derechos económicos y sociales tienen un igual reconocimiento y obligatoriedad de salvaguardarlos. El carácter programático y de dependencia de la realización

palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. <http://www.lexweb.cl/la-aplicacion-del-control-de-convencionalidad-en-la-jurisprudencia-chilena>

42 SAGÜES Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad, Opus Magna Constitucional Guatemalteco Tomo IV 2011, página 271 publicado <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf>

43 BUSTILLO MARÍN, Roselía. El Control de Convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Líneas Jurisprudenciales. Tribunal Electoral, pág. 6 publicado en

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf

económica por parte del Estado no es óbice para su justiciabilidad, recordando que al igual de los derechos de primera generación, los de segunda generación es obligatorio su protección y su ejecución.

El control de convencional como doctrina novísima en la temática de los derechos humanos faculta al poder judicial a la revisión de las normas del derecho interno y las del Derecho Internacional a fin de contrastarla y evitar la contradicción de las mismas y la vulneración en consecuencia del derecho humano.

Bibliografía

- Fuentes López, Carlos (2003) El Racionalismo Jurídico, Primera Edición, Universidad Autónoma de México publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/996/pl996>.
- Rescia Rodríguez Víctor (s/a) Curso Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Honduras, página 64-66.
- Carnelutti francesco (1946)** Derecho Consuetudinario y Derecho Legal Revista de Occidente, Enero de 1964, tomado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2231/9.pdf>
- Calderon Barrantes, Marcela (2008)** Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales: El Papel de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica en la efectiva tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Universidad de Costa Rica.
- Abramovich, Víctor y Courtis Chistian. (s/a)** Hacia la Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, publicado en www.ajuv1121.org/index.php/biblioteca?...7...de...abramovich
- Colmenares Uribe, Carlos (s/a)** El Rol del Juez en el estado democrático y Social de Derecho y Justicia, GIDPRO, universidad Libre de Colombia, Cúcuta, pág. 7, <http://colmenaresabogados.com/userfiles/EL%20ROL%20DEL%20JUEZ%20EN%20EL%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20Y%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20Y%20JUSTICIA.pdf>
- Abreu Burelli; Alirio (s/a)** Responsabilidad del Juez y Derechos Humanos, s/a, publicado en <http://www.venezuelaprosesal.net/AbreuResponsabilidadJuez.htm>
- Posner, Richard A. (2011)** Cómo Deciden los Jueces, Traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, publicado en <https://www.marcialpons.es/static/pdf/100894922.pdf>
- Campos Flores Evelyn Patricia y Sepúlveda Hales, Bárbara (2013).** El Realismo Jurídico Norteamericano: Escuela de Derecho, Universidad de Chile, publicado en http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1.f
- Ruiz-Tagle, Pablo (s/a)** Análisis comparado de la Función Judicial. Estudios Públicos, pagina 134. [Http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1312_1214/rev39_ruiztagle.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1312_1214/rev39_ruiztagle.pdf).
- Arrieta Flórez, Vicente de Jesús.** La Constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia, Revista de Pensamiento Americano, Vol. 2. Enero-Junio 2009.
- Pasara Luis.** Jueces y Derechos Humanos en Centroamérica, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_07.pdf
- Gil Rendón, Raymundo (2011).** El Nuevo Derechos Procesal Constitucional. Análisis de Casos Prácticos, Editores Ltda., Bogotá, Colombia.
- Nash Rojas, Claudio (s/a).** Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Justicia Constitucional Latinoamericana: Tendencias Jurisprudenciales, Estudios Constitucionales Vol. 9, No. 1, Santiago, publicado http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000100004&script=sci_arttext
- Sagües Néstor Pedro (2011).** Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad, Opus Magna Constitucional Guatemalteco Tomo IV, página 271 publicado <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf>
- Bustillo Marín, Roselia.** El Control de Convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Líneas Jurisprudenciales. Tribunal Electoral, pág. 6 publicado en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf
- González Montenegro, Rigoberto (2003).** Curso de Derecho Procesal Constitucional, Segunda Edición Litho Editorial Chen 2003, Panamá, pág. 28

Derechos humanos y democracia en el Estado Constitucional de Derecho

Raúl Ávila Ortiz
Marla D. Rivera Moya

Sumario: 1. Introducción; 2. Del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad; 3. Los derechos humanos en el Estado constitucional de derecho; 4. De la transición democrática a la calidad de la democracia; 5. La calidad de la democracia en Latinoamérica; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

Introducción

El presente estudio tiene como objetivo analizar la calidad de la democracia en el contexto del Estado constitucional de derecho y el enfoque neoconstitucional de los derechos fundamentales. Este tema ha llamado nuestra atención debido a que el cambio de época en curso (de la modernidad a la posmodernidad) ha traído nuevos desafíos para el desarrollo de las sociedades en los ámbitos político, económico, cultural y social, hecho que sin duda obliga a la adaptación del entorno normativo así como de la forma de ejercer el gobierno, la legislación y la jurisdicción.

Por lo anterior, el análisis se presenta de la siguiente manera: en primer lugar abordaremos la transición de época que condiciona al Derecho en nuestros días y que se conoce como transición del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad. Las formas de crear, aplicar e interpretar el derecho ya no operan más como en la época que estamos dejando atrás, si bien aún hoy, desde luego en México, América Latina y otras regiones, las prácticas añejas aún continúan vivas. No obstante, en la lucha en que nos encontramos inmersos para concretar un nuevo orden jurídico social, los derechos fundamentales de fuente constitucional multidimensional, es decir, sin consideración a las fronteras geográficas y políticas, cada vez se posicionan más en el discurso —y hay que porfiar para que también ocurra en la práctica que los niega con frecuencia— como el eje rector de la vida pública en democracia a favor de las personas.

Dado que el cambio de época también implica un cambio en las fuentes de energía no renovables que han movido al planeta durante la modernidad industrial, sustituyéndolas por fuentes renovables, entonces la dimensión individual y colectiva de los derechos fundamentales implicados en la sociedad y el Estado democráticos cobran impacto en la sustentabilidad de los ecosistemas en que habitamos y desplegamos nuestra acción cotidiana. En este sentido, derechos fundamentales y democracia

en clave liberal y social deberán favorecer, garantizar e incluso tutelar la sustentabilidad.

En segundo lugar, destacamos la importancia y garantía actuales de los derechos fundamentales; su sentido en el ámbito jurisdiccional y sus principios característicos. La Constitución, en el modelo de Estado constitucional de derecho condiciona la validez de todo el Derecho, a la vez que los tratados internacionales fijan principios insustituibles para la jurisdicción nacional.

Lo anterior se vincula y condiciona a los regímenes democráticos y su calidad. Por ello, en un tercer apartado estudiamos algunas concepciones de democracia y cómo han evolucionado hasta nuestros días para convertirse en el régimen político predominante ya que ha sido adoptado por la mayoría de los países independientes en el mundo. Para este efecto, hemos considerado indispensable echar un vistazo a la llamada transición democrática y el proceso necesario para transitar de un régimen a otro. Esta elaboración se encuentra enfocada al caso latinoamericano, que contiene elementos importantes de realidades semejantes que aportan datos para el análisis comparado.

En dicho contexto, hemos justificado que el debate sobre democracia hoy se encuentra en su calidad y no precisamente en el proceso de transición que vivió América Latina. Hoy más que nunca resulta pertinente revisar cómo se comportan los regímenes democráticos tras vivir el periodo más largo de estabilidad desde que lograron su independencia en el siglo XIX. La calidad de la democracia en Latinoamérica, en el contexto del Estado constitucional de derecho y a la luz de la vigencia y garantía de los derechos fundamentales, llama nuestra atención porque nos aporta elementos sin duda útiles para detectar las deficiencias que aún se encuentran presentes en la región. En ese sentido, mostramos análisis teórico pero también empírico a partir de estudios cuantitativos y cualitativos de organismos internacionales y autores reconocidos, lo que aporta los elementos necesarios para comparar realidades, avances, pero también retrocesos.

Así, este ensayo pretende demostrar que la realidad y el Derecho están en pleno proceso de cambios y requieren del permanente estudio de la ciencia jurídica, desde una perspectiva epistemológica analítica y crítica para coadyuvar en el mayor bienestar y desarrollo de nuestras sociedades. Si bien es cierto que las transiciones mencionadas han tenido lugar en la región, también lo es que siguen siendo perfectibles y las democracias aún son deficientes pues no han logrado consolidarse en la mayoría de los países de América Latina, la cual se caracteriza por persistentes y graves fenómenos de desigualdad, pobreza, inseguridad y violencia. Desde una perspectiva jurídica y politológica, pretendemos demostrar que los cambios son parte de nuestra realidad, pero que requieren de aportaciones constantes para incrementar su efectividad no sólo formalmente sino también en su dimensión sustancial o de contenidos.

Del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad

La transición del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho ha traído consigo relevantes transformaciones, no sólo para la ciencia jurídica, sino para la producción misma del derecho, su interpretación y aplicación. Así, es de destacar, por ejemplo, que actualmente el papel del ámbito internacional es un referente obligado tanto en la doctrina como en la aplicación y producción del derecho.

Para hablar de esa transición, es necesario hacer una distinción entre lo que era el Derecho en la etapa *premoderna*⁴⁴, en la etapa del positivismo jurídico y en la etapa posmoderna. En ese sentido, habrá que tomar en cuenta que el *iusnaturalismo* fue distintivo de una época en la que la fuente de producción de la ley no estaba identificada, pues tanto la iglesia, como los estudiosos del Derecho y el mismo Estado podían producirlo siempre atendiendo al principio de *justicia*; lo considerado como *justo* en el ámbito de la creación y aplicación de la ley, estaba legitimado como válido por ser justo. La distinción entre validez y vigencia no tenían significado en este período y bastaba el hecho de su coherencia con lo considerado como justo. Por tanto, identificamos aquí la moral inserta en el derecho.

La ciencia jurídica estaba unida con el quehacer legislativo, es decir, con la creación del derecho mismo, de aquello que tenía que ser respetado para lograr la convivencia social. ¿Habríamos aquí de un verdadero reconocimiento de derechos humanos? Responderíamos que no, pues el fundamento para la creación de la ley no se encontraba salvaguardado por un *techo* mínimo de principios inviolables o intocables por la autoridad sino que el criterio radicaba en la creencia de algo como *justo* para quienes contaban con la potestad de declararlo así.

El fundamento *iusnaturalista*, en perspectiva teológica, que tenía como fuente legitimadora a la justicia, creadora de la ley a través de la doctrina y la jurisprudencia, tenía una pluralidad de fuentes que en cierta forma revelaba muchas ambigüedades. La validez de la norma “dependía de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos” (Ferrajoli, 2005:14).

Hasta aquí podemos distinguir una serie de elementos que sin duda marcan una notable diferencia con el posterior período, el del positivismo jurídico, o estrictamente llamado Estado de derecho. Cabe mencionar la distinción que hace Luigi Ferrajoli (2005), en cuanto al Estado de derecho débil o formal y el Estado de derecho sustancial. El primero identificado sólo por la separación de poderes y la clara definición de sus funciones en cuanto a aspectos formales; es decir, establecidos en la ley. El Estado de derecho sustancial tiene una diferencia al limitar a dichos poderes por los derechos fundamentales y por la misma separación de las funciones de uno y otro poder, no sólo de forma sino también de contenido.

Atendiendo a lo anterior, vale la pena referir que la diferenciación que se hace entre el Estado de Derecho formal y el sustancial tienen como distinción preponderante los derechos humanos. A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y

44 Véase, en particular, la obra de Luigi Ferrajoli, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”.

del Ciudadano de 1789 cobra forma un movimiento ideológico que se plasma en dicho documento, en el que el papel de las personas ya no es secundario, y su tratamiento como hombre y como ciudadano se ve diferenciado al reconocer —aunque para algunos se tratase sólo de un aspecto filosófico— los derechos fundamentales (Carbonell, 2012).

A pesar de ello, aún nos encontrábamos embargados por el Estado de legalidad, en el que la ley era la que definía los límites: *nada ni nadie por encima de la ley*. En tal sentido, la separación de poderes estaba ya determinada y el legislador tenía el monopolio absoluto para la creación del Derecho. Por ello, la preponderancia del legislativo sobre los otros dos poderes, que tenían que estar sometidos a la ley creada por el legislador; por ello, un juez autómatas que se limitaba a la aplicación literal de la ley al caso concreto, sin margen de interpretación más allá de la letra del texto legal; y, por tanto, una administración que ya no podía tomar decisiones de manera autónoma sino a partir de la consulta de una asamblea de representantes. En palabras de Ferrajoli:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente [:] [...] una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa (Ferrajoli, 2005:16).

En este periodo la validez la otorga la fuente única de donde proviene la ley, legitimada por el mismo Derecho; una validez formal que no precisamente busca la coherencia entre los distintos ordenamientos jurídicos que conforman el Derecho sino más bien la existencia misma a partir de quién creó dicha disposición. En este periodo, antinomias y lagunas se encontraban frecuentemente en el entramado legal pues la validez de una norma no se circunscribía a la coherencia con determinada ley superior sino, como ya se dijo, con su fuente de creación, legitimada por la ley misma.

Recordemos que el Estado de Derecho fue un avance trascendental encaminado a la limitación del poder disminuyendo, en cierta forma, arbitrariedades que hasta entonces eran aceptadas y por demás notorias. Un cambio importante con el *Ancien Régime*, en el que el absolutismo predominaba al concentrarse el poder en una sola persona y la arbitrariedad de la actividad estatal, lo que repercutía de manera directa en los ciudadanos. Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es que la misma autoridad limite sus funciones y defina los ámbitos de libertad de los individuos (Zagrebelsky, 2007).

El Estado de derecho se constituye como un límite frente a la administración, la jurisdicción y los ciudadanos, como el gobierno de las leyes y no de los hombres. Se caracteriza por la sumisión de todas las fuentes del Derecho a la ley, erigida como fuente del Derecho única. Sin duda, el tránsito del poder de decisión en una sola per-

sona para trasladarse, o en su caso, compartirse con una Asamblea de representantes, es notoria y, a su vez, distribuye el poder a fin de que se logre un mayor respeto en beneficio de la generalidad.

La historia suele diferenciar el Estado de derecho europeo continental del Estado de derecho británico (Zagrebelsky, 2007), en donde aquél muestra una clara tendencia en trasladar el poder —que con el anterior régimen autoritario se encontraba centralizado en el poder del monarca—, a un Parlamento con poder de decisión tal que la creación de la ley estuviera condicionado únicamente por él; mientras que la tradición inglesa tuvo una clara tendencia hacia la distribución de poder entre ambas esferas y el Parlamento hiciera funciones de asesorar y dirimir controversias. Lo que el máximo poder es en la época *premoderna* del rey o monarca, en la época del *luspositivismo* es del Parlamento.

[...] en la idea de [Estado de derecho], en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: *a)* la supremacía de la ley sobre la Administración; *b)* la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; *c)* la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes [...] (Zagrebelsky, 2007:23)

El Estado moderno había visto la emergencia de la unificación monopólica de las fuentes del Derecho mediante su producción legislativa (y su expresión en la codificación); la disociación entre justicia y ley, colocando en su lugar las condiciones de validez formal del Derecho; la preeminencia de la autoridad del legislador (y el administrador); un papel limitado al juez mediante la observancia del principio de legalidad que lo vincula y hace del juicio una operación formal cognoscitiva de verificación de los términos de la ley; el *luspositivismo* como teoría jurídica predominante; y un papel cognoscitivo descriptivo del Derecho a la ciencia jurídica que se despoja de su carácter normativo tradicional. Este paradigma, fundado básicamente en el principio de legalidad, equivale al Estado de derecho legislativo, dado que la ley es válida en tanto es creada por el poder público, sin que se prejuzguen sus contenidos.

El principio de legalidad era “la culminación de la tradición absolutista del Estado y del derecho natural racional «objetivo», que habían sido su trasfondo y justificación” (Zagrebelsky, 2007: 24); en ese entendido la asamblea de representantes tenía en sus manos el poder de crear la ley, misma que constituía el bloque inquebrantable para la dirección del Estado. De este modo, la administración se veía a su vez limitada por la ley y por la asamblea. También es claro que había una división de poderes definida.

Tras la Segunda Guerra Mundial, un conjunto de constituciones europeas empezaron a incluir derechos fundamentales en sus textos constitucionales. Esto significó, por un lado, la limitación del poder por el poder mismo y por el otro, que esos derechos fundamentales fueran positivizados y garantizados. Es aquí donde puede hablarse de un Estado constitucional de derecho en el que las constituciones son rígidas por su carácter supremo y se posiciona como el referente y centro del entramado legal; es decir, la validez de las normas ya no radica en su justicia solamente, o en la legitimidad de la autoridad creadora de la ley, sino en la coherencia de las leyes con la Constitución, si son contrarias a ésta por lo tanto son inválidas y la autoridad judicial está obligada a declarar su inconstitucionalidad.

Además, el papel de la ciencia jurídica cambia en su totalidad, pues ya no es, como en el primer periodo, fuente productora de leyes, sino más bien se traslada a un ámbito epistemológico, no sólo explicativo sino también crítico.

[...] en el Estado constitucional de derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (Farrajoli, 2007:18)

El cambio es tal que ahora la función del juez no está limitada, como en el periodo anterior, a la mera aplicación de la ley, sino más bien a posicionar por encima de ésta a la persona, a partir de los principios enmarcados en la Constitución (ponderación). La Constitución se encuentra en un rango protegido aún por las manifestaciones de mayorías que pudieran contravenir ciertas libertades garantizadas por ella. La actividad jurisdiccional tiene el deber de estudiar la ley antes de su aplicación y si la encuentra contraria a la Constitución, está obligado a declarar su inconstitucionalidad. “Aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida” (Farrajoli, 2007:18).

En el Estado Constitucional, la Constitución reconoce los derechos fundamentales ampliando su nivel de protección y asumiendo a los tratados internacionales como complementarios para la defensa, protección y tutela de aquellos, a través del control de convencionalidad y el control difuso. En ese sentido, es importante recordar que en México, a partir del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizado en 1998; la trascendental reforma en materia constitucional de derechos humanos de junio de 2011; y los criterios interpretativos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido aprobando, el Estado Constitucional de Derecho en México está avanzando paseos decisivos pues a la antigua jerarquía normativa de inspiración kelseniana le sucede la noción de “bloque de constitucionalidad” de cuya fuente multidimensional los derechos humanos fluyen interpretativa y argumentativamente para favorecer y proteger lo más posible a las personas en sus esferas de acción individual y colectiva.

Si bien ello es cierto, no lo es menos que en México, desde la llamada “reforma política” de 1977, pero en particular las que tuvieron lugar entre 1990-91, 1996, 2007 y 2012, todas en materia político-electoral, dieron pasos firmes en la construcción del Estado Constitucional de derecho. No obstante ello, tómesese en consideración que la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011 ha impactado en la reforma electoral más reciente, la del presente año 2014, para apuntalar más aún la dimensión normativa del Estado Constitucional mexicano.

Los derechos humanos en el Estado constitucional de derecho

De la mano del Estado constitucional de Derecho, es necesario hablar de democracia y, por tanto, de Estado constitucional y democrático de derecho pues en el mismo contexto es que desarrolla en el ámbito europeo teoría y práctica en torno a ambos aspectos del Estado.

La relación entre democracia y derechos fundamentales encierran un significado especial que es paradójico, o, en palabras de Robert Alexy (2005:37) “dos constataciones opuestas: los derechos fundamentales son profundamente democráticos y a la vez, son profundamente antidemocráticos”. Esto es así debido a que a pesar de que constitucionalmente son protegidos y garantizados aquéllos, también lo es que aunque una mayoría logre un consenso amplio en contra de dichas libertades o derechos, éstos no podrán transgredirse a pesar de ello.

El Estado constitucional de Derecho está caracterizado por incluir un control de constitucionalidad, la creación de jurisprudencia por parte de tribunales constitucionales y una ciencia del Derecho Público, que es crítica y explicativa. El Estado constitucional de Derecho se distingue por seis elementos principales: reconocimiento y garantía de la dignidad humana (principio de reserva constitucional); libertad; igualdad; Estado de derecho; democrático y social (Alexy, 2005).

Los derechos fundamentales se distinguen, entonces, por una regulación con máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia de contenido y máxima indeterminación al no estar limitados por lo que a la letra puede enunciar la norma escrita, sino que éstos tienen su valor a la luz de la interpretación que los tribunales realicen.

La ley fundamental contiene derechos fundamentales garantizados de manera ilimitada e ilimitable de acuerdo con el tenor de su texto [...]; a través del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales protegidos sin reserva pueden ser limitados en favor de derechos fundamentales en conflicto de un tercero y de otros valores jurídicos que gocen de rango constitucional (Alexy, 2005:36).

Para el caso mexicano, en lo referente a derechos fundamentales, es de referencia obligada, según ya hemos anticipado, a la reforma constitucional de junio de 2011,

conforme a la cual la Constitución Política mexicana, en su artículo primero, cambia el concepto de garantías individuales por el de derechos humanos, innovación para nuestro país que sienta importantes transformaciones en todo el entramado constitucional y legal, que sin duda van acordes con los parámetros internacionales. Ahora los derechos humanos se reconocen y no se otorgan sino que se trata de que la autoridad jurisdiccional los debe concebir como tales, interpretarlos y pos supuesto aplicarlos. Ahora hablamos de un *bloque de constitucionalidad* en donde la interpretación de las normas debe ser de acuerdo a la constitución y a los Tratados Internacionales de los que nuestro país sea parte, además de que dicha interpretación siempre sea atendiendo a lo que mayor protección otorgue al titular del derecho (Carbonell, 2011).

De la transición democrática a la calidad de la democracia

La democracia toma sentido cuando en el modelo de Estado constitucional de Derecho la ciudadanía es considerada para la toma de decisiones públicas, esto salvaguardado por un conjunto de derechos fundamentales establecidos y garantizados en las constituciones; incluso hoy podemos hablar de Estado constitucional y democrático de derecho, elementos que se complementan y subsisten.

Una vez analizada la transición del Estado de legalidad al de constitucionalidad, y de la importancia que en ello tienen tanto los derechos fundamentales como la democracia, el presente estudio se enfocará ahora a la democracia y su calidad como características contemporáneas de la mayoría de los estados en el mundo.

Este apartado se refiere al estado de las democracias en Latinoamérica; es decir, para hablar de transición democrática únicamente nos referiremos a los países de la región que en los últimos 35 años han vivido este proceso. En efecto, la literatura profesional, y siendo más específicos, la literatura politológica, cuenta con un amplio consenso⁴⁵ en torno a que América Latina ha transitado de regímenes autoritarios a regímenes democráticos, al contemplar como método por excelencia para la conformación de sus gobiernos, las elecciones a partir del voto directo de los ciudadanos. Así, el proceso electoral se ha convertido en el elemento, si no único, sí indispensable para distinguir las democracias contemporáneas⁴⁶.

El caso particular de México tuvo su momento de transición en el año 2000, tras el rompimiento del gobierno de más de 70 años del PRI (Partido Revolucionario Institucional), aunque es sabido que la configuración política del país vivió un proceso de pluralización a partir de 1994 y de 1997, cuando el partido político hegemónico per-

45 Zovatto, 2014; Morlino, 2013; Caputo, 2013; Levine y Molina, 2007.

46 "El año pasado, América Latina celebró el 35 aniversario del inicio de la Tercera Ola Democrática en la región. Esto es así si tomamos como punto de partida el proceso de transición que comenzó en República Dominicana en 1978 y que, posteriormente, se extendió en etapas sucesivas: primero a la Región Andina, luego a América Central y al Cono Sur y, finalmente, a Paraguay y Chile en 1989, y a Nicaragua en 1990. Cuba es la única excepción de esta tendencia regional." (Zovatto, 2014:1)

dió la mayoría en la Cámara de los Diputados y la Cámara de Senadores, respectivamente. Estos acontecimientos constituyen elementos importantes para la reconfiguración de todo el sistema político, económico, legal y constitucional del país. Además, debe recordarse que hubo reformas importantes en materia político-electoral⁴⁷ que sentaron las bases para una verdadera transición.

Para iniciar, se debe destacar que los autores mencionados coinciden en que América Latina vive su periodo democrático más prolongado de su época independiente. Una vez superada la etapa de transición, los diversos estudios al respecto han empezado a agotarse. El hecho de que los países de la región se hayan trasladado del autoritarismo para constituirse como Estados democráticos hace relevante el análisis sobre su evolución, funcionamiento y rendimiento, es decir, cuán alejados o cercanos se encuentran de ser considerados como regímenes consolidados y a partir de ello, qué tanta calidad⁴⁸ existe en el funcionamiento del mismo; “ [...] el foco del trabajo académico ha tendido a moverse desde una preocupación central por la «transición» y la «consolidación» hacia el interés por la calidad de las democracias nuevas o reestablecidas, y hacia una renovada atención por las reformas y el funcionamiento de las instituciones [...]” (Levine y Molina, 2007: 18).

Para hablar de democracias consolidadas será importante precisar de manera breve cuáles son sus atributos, además de señalar una serie de cambios que diferencian cada una de las etapas desde la transición hasta la consolidación de un nuevo régimen. El reto al que se enfrenta una democracia no es sólo instaurarse o vivir ese proceso previo de transición, sino hacer que el régimen permanezca y por supuesto se consolide.

Los regímenes democráticos atraviesan por una serie de fases para su consolidación, es decir, para la progresiva ampliación de su legitimidad. Estas fases son definidas como etapas que sólo con el transcurso del tiempo podrán darse y que dependerán del contexto en el que se desarrollen (Morlino, 2009). Cuando ha existido una experiencia autoritaria previa, por consecuencia, y al existir un deseo del *demos* de cambiar el régimen actual, se da un proceso de transición en el que cambian todas aquellas prácticas que van en contra del nuevo régimen. Entonces, hablamos de una primera etapa: la transición del proceso de instauración de un régimen. El caso mexicano encierra una serie de acontecimientos que van desde manifestaciones sociales que mostraban la inconformidad por el régimen vigente desde 1929 hasta finales del siglo XX, hasta importantes cambios en la composición de la Cámara de Diputados, resultado de reformas político-electorales que obligaron a hacer cambios institucionales para la reconfiguración del régimen político, sin dejar de lado el fortalecimiento del Instituto Federal Electoral (ahora INE). Todo esto se detonó en las elecciones del

47 Insertar el asunto de las reformas electorales, incluyendo la de 2014

48 “Hasta hace pocos años, quizá hasta el fatídico 1989, contábamos con criterios relativamente claros para establecer una línea de demarcación entre democracias, mejores y peores, y no-democracias... De lo que se trata es de observar —con sorpresa o algo de temor— que la línea divisoria, en su día clara, tiende a volverse cada vez más borrosa” (Greppi, 2012:24).

año 2000 que, como es sabido, generó expectativas de mejora entre la población mexicana y dio lugar a la transición democrática en el país.

Según sabemos, para hablar de transición no debe perderse de vista la instauración que inicia cuando aquélla está por finalizar; además de destacarse que pueden darse dos tipos: la primera y más radical se identifica por el uso de la violencia y la caída del régimen anterior, en donde la ruptura entre las reglas e instituciones del viejo régimen y las del nuevo régimen es muy clara, supuesto en que el mayor o menor uso de la violencia determinará en gran medida la duración de la transición. Por otro lado, se encuentra la transición que conserva reglas y estructuras del régimen anterior y la violencia no es una característica para la transición; por lo tanto, también será más lenta y gradual. Un ejemplo claro es el mexicano, en donde el proceso electoral contribuyó al pluralismo en el Poder Legislativo y por supuesto a la sustitución del PRI de la Presidencia de la República, lo que hoy reconocemos que no ha implicado una total ruptura de las prácticas formales e informales características del sistema político mexicano.

La transición, en palabras de Morlino (2009: 146) se entiende como "... el período ambiguo e intermedio en que el régimen ha abandonado algunos caracteres determinantes del ordenamiento institucional anterior sin haber adquirido todos los caracteres del nuevo régimen que será instaurado". La transición puede tardar más o menos tiempo dependiendo, en gran medida, de las condiciones socio-históricas y por supuesto del modo en que se dio esa transición, ya como ruptura radical o como proceso pacífico. La transición (de un régimen autoritario a uno democrático) se identifica por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos en los ordenamientos que regulan el nuevo régimen.

El proceso de transición terminará en cuanto una *coalición* o un grupo de poder, identificado a favor del nuevo régimen logren imponer las nuevas reglas y estructuras. Es decir, se vislumbra la posibilidad de la permanencia de un régimen democrático, caracterizada por la celebración de elecciones limpias, libres, plurales, aunque puede ocurrir que otros factores, como el respeto a los derechos y libertades aún no sean vigentes.

El siguiente paso, la instauración, consiste en la vigencia de las normas e instituciones del nuevo régimen, es decir, la permanencia de los derechos civiles y políticos; la extensión de la ciudadanía, en otras palabras, la materialización de esos derechos; existencia de varios partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil, así como procedimientos e instituciones propios del régimen democrático. Es importante resaltar que los actores que influyan en esta etapa (actores civiles, burocracia, militares, partidos políticos emergentes) determinarán la posibilidad de su realización, así como el tiempo para que se concrete (Morlino, 2009).

La consolidación no es considerada la etapa que precisamente deba suceder a la instauración, pues ésta puede bien desembocar en una crisis del sistema. "... muchas crisis y caídas en Europa entre las dos guerras o en América Latina se explican en primera instancia, como la incapacidad del régimen democrático para consolidarse" (Morlino, 2009:173). Esta etapa se dará cuando la institucionalización del nuevo

régimen suceda, es decir, que se definan y permanezcan los elementos que lo caracterizan.

La consolidación democrática se puede definir como el proceso de definición-fijación en sus caracteres esenciales, y de adaptación en los secundarios, de las distinciones estructurales y normas particulares de régimen democrático, promulgadas también en el transcurso del tiempo [...] fijación de institutos, procedimientos, prácticas, costumbres, rutinas particulares de un determinado régimen democrático. (Morlino: 2009,174)

Comprendida así, la consolidación democrática es un “proceso de reforzamiento, afirmación, robustecimiento del sistema democrático, encaminado a aumentar su estabilidad, su capacidad de persistencia y a contrarrestar y prevenir posibles crisis” (Morlino, 1996: 93). Las cualidades de un régimen democrático serán la celebración libre, periódica e igualitaria de elecciones limpias, pluralidad e igualdad de partidos políticos en la competencia electoral y también en la conformación de gobiernos; fuentes de información variadas; respeto, reconocimiento y garantía de los derechos civiles y políticos que configuren una verdadera democracia de ciudadanía.

Para concluir el apartado, se debe precisar que este proceso, en la realidad latinoamericana, tiene diversos matices, pues si se hace una comparación global en torno a la calidad/consolidación democrática encontraremos que los países de Latinoamérica se ubican en una posición lejana aún de ese atributo; son sólo dos los países considerados como democracias consolidadas (Uruguay y Costa Rica)⁴⁹. Falta una democracia de ciudadanía, es decir, la materialización y ampliación de los derechos. Falta, con todo y sus avances, mayor legitimación de los procesos electorales, sobre todo en algunos países de la región con menor desarrollo democrático, puesto que contendientes políticos y la sociedad misma, debido a los problemas de corrupción existentes, no confían de manera plena en los mismos para la conformación de gobiernos. Se han logrado mantener los regímenes democráticos y un progresivo diseño institucional y constitucional que nos lleva a la instauración del régimen, pero ello aún no es indicio de consolidación porque muchos de los problemas existentes también obedecen a la ausencia de una cultura política que otorgue esa legitimidad a la democracia.

Reforzando la idea anterior, una vez agotado ese proceso transicional, es decir, cuando los países latinoamericanos han mostrado cierta estabilidad en sus regímenes y el retorno a un autoritarismo se ha visto cada vez más lejano, se ha empezado a hablar de postransición, es decir, el momento en el que cada régimen ha ido estableciendo las bases de la democracia para su permanencia y por supuesto legitimidad. A pesar de que la región vive el proceso democratizador más prolongado, hoy día esas etapas están superadas y el debate debe centrarse en cómo puede optimizarse el funcionamiento de los regímenes democráticos, a fin de alcanzar los ideales que el

49 *The Economist Unit Intelligence's Democracy Index 2013.*

mismo persigue, por los cuales es aceptado como el régimen al que la mayoría de los países independientes en el mundo aspiran y han adoptado. En este sentido, hablaremos de *calidad de la democracia*, término utilizado para destacar los elementos que caracterizan a las democracias y cuáles son los resultados que están generando para el desarrollo de las sociedades contemporáneas.

Existen muchos organismos internacionales que dedicados a la medición cuantitativa de la calidad de la democracia, así como importantes análisis teórico-empíricos que aportan interesantes estudios al respecto, no sólo en lo cuantitativo sino también en lo cualitativo. “El fenómeno resulta de tanta trascendencia que podemos afirmar que **desde hace 35 años, América Latina vive el proceso de democratización o (re) democratización (según el país en cuestión) más largo, extenso y profundo de toda su historia.**” (Zovatto, 2014:5). Por lo anterior, es que se deben seguir realizando aportaciones que impacten en el mejor desempeño de las democracias, pues de ello depende la mejora de condiciones de las sociedades y máxime su importancia en la región que está caracterizada por una amplia desigualdad en la distribución de la riqueza, altos niveles de corrupción y una acentuada desconfianza, en la mayoría de los países, hacia la clase política y las instituciones.

A pesar de que los estudios arrojan cierta estabilidad en el funcionamiento de los regímenes, todavía prevalecen deficiencias y carencias que deben ser atendidas, “América Latina ha construido una democracia de mínimos que ha durado tres décadas y media por primera vez en su historia. Ahora, el reto radica en construir una democracia de calidad, incluyente, gobernable y sostenible en el tiempo” (Zovatto, 2014:7). El caso específico de la región Latinoamérica, muestra características únicas al lograr que persista la democracia, en torno a dificultades como las que se han mencionado en líneas previas.

La calidad de la democracia en Latinoamérica

El estudio del régimen democrático y de la “verificación empírica de cuán buena es una democracia” (Morlino, 2013: 10), demuestran su relevancia cuando observamos que en el mundo contemporáneo la democracia ha sido adoptada como régimen político en más de la mitad de los países independientes, lo que la posiciona como el eje de estudio que determina el papel de los gobiernos en la generación de condiciones para el ejercicio de la libertad y la igualdad de las personas, así como de aquellos mecanismos que den al ciudadano la posibilidad de exigir cuentas a sus gobernantes y que éstos realicen acciones con base en las necesidades de aquéllos; es decir, qué tanto se ha ampliado y concretado, en los textos constitucionales, el concepto de ciudadanía⁵⁰ como actualmente se concibe.

50 Cfr. Caputo, Dante. 2013. “Gobernando el futuro. Escenarios latinoamericanos hacia 2020. FCE, IFE. México.

Por lo tanto, las obras que establecen diagnósticos y mediciones sobre la calidad de la democracia en los países bajo estudio en la última década, nos servirán para desarrollar este artículo, pues de ahí tomaremos elementos que nos hagan coincidir con la literatura politológica actual sobre la calidad de la democracia; dejando de lado ese periodo denominado de transición.

Así pues, después de la Segunda Guerra Mundial las constituciones comenzaron a consagrar los derechos humanos como eje de la construcción de un Estado constitucional y democrático de Derecho. Esta es una época caracterizada por el paradigma occidental liberal, en donde las Constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), Portugal (1976) y España (1978) marcaron un período que posicionó una nueva ideología jurídica y política en torno a los derechos y las libertades de las personas. Este período tuvo como característica principal la transición a regímenes políticos democráticos, en los que la sociedad realizaba un papel trascendental para la conformación de gobiernos y, además, en los que la ciudadanía —entendida como el ejercicio pleno de los derechos y las libertades— fue formal y materialmente reconocida. El mundo moderno se caracterizó por la pluralidad no sólo de opiniones y prácticas sociales sino también de organización política al permitir y reconocer la participación de más de un partido para la conformación de gobiernos.

Actualmente, en el mundo existen 165 países independientes y, de éstos, 115 son considerados como estados democráticos; a la vez que más de la mitad de aquella totalidad ha adoptado a la democracia como su régimen de gobierno. Este indicativo muestra a primera vista un avance importante en la existencia de Estados constitucionales de derecho, en donde se respetan las libertades fundamentales y los derechos humanos, sin embargo, la mayoría de esas democracias todavía se encuentra en un proceso de maduración, pues sólo 25 países pueden considerarse como democracias consolidadas⁵¹.

El estudio del proceso democratizador en América Latina tiene como soporte diversos informes realizados por organismos internacionales, que se fundamentan en indicadores tales como el proceso electoral, pero que además consideran la actividad estatal en torno a las reformas implementadas y a la respuesta de las necesidades sociales, el reconocimiento y respeto de los derechos y las libertades, así como la prevalencia del Estado de derecho. Dichos estudios y/u organismos son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA), la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos (IEDDH), el Latinobarómetro, el Índice de Desarrollo Democrático (IDD-Lat), el Reporte: La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos (publicado por el PNUD), Freedom House, la Unión Interparlamentaria que ha realizado el estudio *Elecciones libres y justas: derecho y práctica internacional*; The Economist Intelligence Unit; el Banco Mundial⁵²; entre otros.

51Cfr. En internet los índices de *Freedom House organisation* y *The Economist Intelligence Unit*.

52 Cfr. Murillo Castallo, Gabriel et. Al. (2007). *Una aproximación crítica a las mediciones sobre la calidad de la democracia latinoamericana*. En revista del Instituto de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Autónoma de Barcelona. No. 255. Pp. 2-32

Pero el dato duro es que si bien todos los países de América Latina celebran hoy elecciones libres, auténticas y periódicas, sus condiciones de calidad son desiguales, es decir, si bien se admite y lleva a la práctica que las elecciones son el instrumento preferente para acceder a la representación política o el poder, éstas aún muestran deficiencias en sus contenidos y métodos.

Para efectos de este ensayo, tomaremos como referente los estudios realizados por *The Economist Intelligence Unit's Democracy Index 2013*, *Freedom House* (que mide el grado de reconocimiento de las libertades) y el estudio teórico-empírico de Leonardo Morlino (2013).

En primer lugar hablaremos de la democracia y los valores que la distinguen, pues a pesar de los innumerables modelos de organización política existentes, la democracia se ha caracterizado por reconocer elementos que, en general, aportan valores de desarrollo social, razón por la cual se habla de su "preferibilidad" (Sartori, 2008).

La concepción de las elecciones como procedimiento indispensable y formal de la democracia y que ésta sea entendida —en sentido limitado— como la realización periódica de elecciones⁵³ para seleccionar a los representantes, nos acerca a comprender mejor algunos de los elementos que la caracterizan. Aunque, como menciona Sartori (2008: 25): “La democracia política —destinada a reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura— es sólo su último y más pálido reflejo”.

En el siglo XX, Schumpeter⁵⁴ proponía una versión “realista” de la democracia en la cual los ciudadanos tenían un papel limitado. Éstos sólo tenían cabida para otorgar su voto en cada momento electoral, aunque tuviera que desarrollarse bajo una serie de libertades mínimas reconocidas por el Estado.

Por su lado, Morlino (2000) ha manifestado que para entender la democracia podemos identificarla como “un método o un conjunto de reglas de juego que sirven para permitir la participación y la competición de todos los ciudadanos”. Desde esta perspectiva, no se trata sólo de elegir representantes sino de la participación ciudadana ampliada desde un enfoque que implique mayor representatividad.

Cfr. Morlino, Leonardo. 2013. “La calidad de las democracias en América Latina”. IDEA Internacional. Estocolmo.

53 Aquí cabe señalar que las elecciones que caractericen a la democracia, además de ser limpias deben ser institucionalizadas. Es decir, las elecciones, con su periodicidad, constituirán una certeza en los ciudadanos como una forma eficaz para formar-derribar gobiernos, además de certidumbre de que en cada momento electoral, seguirán respetándose las libertades y garantías con las que se han ido desarrollando (O'Donnell, 2007).

54 Para Schumpeter, el método democrático es “el arreglo institucional para arribar a decisiones políticas mediante la lucha competitiva por sus votos” (En O'Donnell, 2007: 25). Aunque Schumpeter concebía a la democracia como un mecanismo con la característica de comprender elecciones competitivas, se podría interpretar que él consideraba implícitamente una serie de garantías que tenían que ser contempladas en el desarrollo de esas elecciones. Su concepción puede clasificarse como realista (en lo referente a las elecciones, pues sus atributos característicos se pueden verificar empíricamente) y también elitista, pues señala que una vez formado el gobierno, los electores ya no tienen cabida en el ámbito político; ahora serán los gobernantes quienes, legitimados por el voto, tomarán las decisiones de la nación (O'Donnell, 2007).

Profundizando: el método mencionado debe configurarse por reglas que se sustenten en estructuras y procedimientos que permitan la resolución pacífica de los conflictos a través de diversas modalidades y que garanticen, en medidas diferentes empíricamente en cada caso, los derechos políticos y civiles (derecho de voto, libertad de pensamiento, palabra, imprenta, libertad de organización y asociación, etcétera). Por tanto, estaríamos añadiendo un elemento de suma importancia: el reconocimiento y adopción, tanto por parte de la ciudadanía como del gobierno, de un mínimo de libertades que garanticen no sólo el correcto desarrollo electoral para la sociedad, en general, sino la aspiración a tener una vida con prerrogativas universales y, por supuesto, a ocupar algún cargo público en el que exista igualdad de oportunidades para todos.

Tales derechos permiten —al menos— mayores posibilidades de defensa y afirmación de los intereses propios y, por tanto, de competencia e igualdad política respecto al anterior periodo autoritario. “Elecciones libres, periódicas, competitivas y correctas, sufragio universal, más de un partido político en liza, diferentes organizaciones de intereses, fuentes alternativas de información, elección de los cargos más importantes son los indicadores mínimos de un orden liberal-democrático de masas” (Morlino, 2005:42).

Por su parte, Robert Dahl, en su concepción de la democracia, señala de manera más clara cuáles deben ser esas libertades y en qué sentido debe estar considerada y reconocida la igualdad, aportando un modelo de democracia que él ha llamado *poliarquía*.

Los elementos de la *poliarquía* acuñada por Robert Dahl (2009), retoman la idea de que los Estados considerados como democráticos, deben contar necesariamente, en sus procesos de formación gubernamental, con elecciones limpias⁵⁵, además, reconocer libertades mínimas a los ciudadanos y atender prioritariamente sus preferencias. *Ergo*, puede decirse que en un Estado democrático (entendido esto como un concepto que va más allá del proceso de elección del Gobierno) no sólo es necesario un procedimiento limpio para la elección de los gobernantes; además, éstos deben responder, mientras dure el gobierno, a las preferencias del conjunto de los ciudadanos, sin hacer distinción sobre criterios y atendiendo a todos como una colectividad.

Una de las características más importantes de un gobierno democrático debe ser la búsqueda de la mayor satisfacción posible de las necesidades ciudadanas, sin que existan distinciones políticas (Dahl, 2009).

Las elecciones se deben desarrollar en un ambiente de imparcialidad, competitividad y deben ser instituciones que proporcionen seguridad a los ciudadanos en cuanto a su veracidad y limpieza. Con ello, se extenderá en cualquier ámbito social la idea de que la vía para elegir a los gobernantes se desarrolla de manera eficiente y con la oportunidad de que cualquiera pueda votar y ser votado. De esta manera no sólo

55 Tomamos como referente el señalamiento de O'Donnell, quien llama “elecciones limpias a las que son competitivas, libres, igualitarias, decisivas e incluyentes, y en las que pueden votar los mismos que, en principio, tienen el derecho de ser elegidos, o sea, los que gozan de ciudadanía política” (O'Donnell, 2007: 32).

unos cuantos tendrán el derecho a formar parte de lo que en algún momento sólo fue sectario, dando cabida a nuevas preferencias, ideas y necesidades: “Un régimen será más representativo cuando mayor sea el número de ciudadanos que gozan del derecho a participar en el control y discusión de la política del gobierno” (Dahl, 2009: 15).

Para tener la oportunidad de formular preferencias, manifestarlas y recibir igualdad de trato por parte del Gobierno en su ponderación, se requieren las siguientes garantías institucionales:

1. Libertad de asociación
2. Libertad de expresión
3. Libertad de voto
4. Elegibilidad para la cosa pública
5. Libertad para que los líderes políticos compitan en busca de apoyo
6. Diversidad de fuentes de información
7. Elecciones libres e imparciales
8. Instituciones que garanticen que la política de gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias (Dahl, 2009).

Los elementos aquí descritos representan los valores de la democracia, mismos que son referente teórico para la construcción de parámetros de medición de su calidad. Así, *Freedom House, The Economist Intelligence Unit* refieren como base de sus estudios a R. Dahl principalmente para determinar los indicadores de los estudios sobre la calidad democrática.

Una vez mostrados dichos elementos, es importante definir qué es considerado como calidad de la democracia; para tal efecto es necesario recurrir a un autor contemporáneo, Leonardo Morlino (2013:11), quien la define de la siguiente manera: “[...] una democracia de calidad es una estructura institucional estable que permite que los ciudadanos alcancen la libertad e igualdad mediante el legítimo y correcto funcionamiento de sus instituciones y mecanismos”.

Siguiendo al autor (Morlino, 2013), la calidad de la democracia puede analizarse a partir de ocho dimensiones: 1) Estado de derecho, 2) rendición de cuentas electoral (o vertical), 3) rendición de cuentas interinstitucional (u horizontal), participación y competencia; estas cinco categorías se refieren a los procedimientos de la democracia. 6) Capacidad de respuesta⁵⁶, referida a los resultados de la democracia. 7) Libertades y 8) igualdad; referidas al contenido de la democracia.

56 Daniel H. Levine y José Enrique Molina (2007:19) advierten la diferencia entre calidad de la democracia y efectividad del gobierno; aquélla se refiere al proceso de participación e influencia política de la ciudadanía; y ésta a los resultados de gestión, buen o mal gobierno. La distinción está en que un gobierno democrático puede producir resultados deficientes sin dejar de ser democrático; mientras que la calidad de la democracia “[...] depende del funcionamiento de los procesos mediante los cuales la población selecciona y controla sus gobernantes [...]”.

Un estudio reciente realizado por Morlino (2013), en perspectiva latinoamericana, tiene un matiz interesante y valioso, y es que existen opiniones referente a la problemática, ambigüedad y subjetividad de medir la democracia, debido a que los valores que se le puedan asignar a uno u otro indicador pueden generar resultados muy distintos, por ejemplo, entre un país con un alto respeto al Estado de derecho pero con una deficiente igualdad o capacidad de respuesta; por su parte, el autor comentado realiza no sólo un estudio cuantitativo, sino va más allá y provee de un análisis teórico y cualitativo, y a su vez aporta comentarios importantes sobre los estudios reconocidos sobre calidad de la democracia. El debate no se agota en la obtención de puntuaciones numéricas, sino en el soporte de explicaciones sustentadas en teoría y análisis comparado, que sin duda son de gran utilidad para la mejora permanente de los regímenes democráticos.

La realidad latinoamericana es diversa y aporta muchos elementos para su análisis; esa diversidad es precisamente lo que a su vez la hace peculiar, pues, como se comentó con anterioridad, las deficiencias a las que se enfrenta no son sencillas de resolver. La corrupción, la profunda desigualdad y la falta de confianza por parte de la ciudadanía, se reflejan en el momento de estudiar los resultados de la medición de la calidad de la democracia.

Así, tenemos el siguiente cuadro que muestra el puntaje obtenido por cada indicador aportado por Morlino y los 18 países de la región. Siendo 5 el puntaje más elevado.

Estudio sobre calidad de la democracia L. Morlino

País	ED	RCE	RCI	PP	CP	L	IS	R	Total
Chile	3,82	4,42	2,69	4,54	3,71	4,78	3,00	3,84	3,85
Costa Rica	3,63	4,04	2,82	4,07	4,39	4,33	3,37	3,50	3,77
Uruguay	3,44	3,74	2,74	4,75	4,07	4,78	2,65	3,84	3,75
Brasil	2,50	4,86	3,40	4,23	4,28	4,17	2,85	3,16	3,68
Argentina	2,27	3,75	4,34	4,17	3,93	4,17	3,09	3,26	3,62
Perú	2,46	3,07	3,57	4,12	3,89	3,50	2,55	3,03	3,27
El Salvador	2,19	3,77	3,45	3,53	3,67	3,98	2,44	2,98	3,25
Paraguay	1,81	3,70	3,39	3,58	3,54	3,58	2,31	3,23	3,14
México	2,37	3,47	3,25	3,44	3,68	3,11	2,99	2,78	3,14
Bolivia	2,16	3,50	3,38	4,08	2,70	3,48	2,33	2,97	3,07
Guatemala	2,37	3,86	2,27	3,30	3,92	3,37	2,13	2,94	3,02
Colombia	1,77	3,10	4,33	2,66	3,54	3,22	2,31	3,07	3,00
Ecuador	1,74	2,38	1,96	3,74	3,42	3,22	2,50	3,49	2,80
Venezuela	0,92	1,85	3,67	2,91	2,74	2,00	3,10	3,19	2,55
Nicaragua	1,70	1,15	3,49	3,07	2,92	2,21	2,41	2,86	2,47

Fuente: Morlino, 2013:30.

De los países de la región, los puntajes más altos los ostentan Chile, Costa Rica y Uruguay; para efectos del estudio global de *The Economist Intelligence Unit's Democracy Index*, encontramos una coincidencia en cuanto a Costa Rica y Uruguay, países enmarcados en la categoría de democracias consolidadas. Dicho índice estudia a 165 países independientes en el mundo, de los categoriza como democracias consolidadas, democracias deficientes, regímenes híbridos y regímenes autoritarios. Los indicadores considerados son: proceso electoral, funcionamiento del gobierno, participación política, cultura política y libertades civiles. De los resultados se tiene que únicamente 25 países del total se encuentran dentro del parámetro de democracias consolidadas, mientras que 54 países son democracias deficientes; conviene detenerse en esta categoría pues la mayoría de los países de la región latinoamericana se encuentran en ésta, con las excepciones de Uruguay y Costa Rica que son democracias consolidadas, como ya se ha hecho mención, y Ecuador, Honduras, Guatemala, Bolivia, Nicaragua y Venezuela catalogados dentro de los regímenes híbridos, es decir, que cuentan con elementos de la democracia pero también con algunos otros del autoritarismo.

The Economist Intelligence Unit's Democracy index 2013

<i>País</i>	2006	2008	2010	2011	2012	Evolución 2006-2012
Argentina	6,53	6,63	6,84	6,84	6,84	↑ 0,31
Bolivia	5,98	6,15	5,92	5,84	5,84	↓ 0,14
Brasil	7,38	7,38	7,12	7,12	7,12	↓ 0,26
Chile	7,89	7,89	7,67	7,54	7,54	↓ 0,35
Colombia	6,40	6,54	6,55	6,63	6,63	↑ 0,23
Costa Rica	8,04	8,04	8,04	8,10	8,10	↑ 0,06
Ecuador	5,64	5,64	5,77	5,72	5,78	↑ 0,14
El Salvador	6,22	6,40	6,47	6,47	6,47	↑ 0,25
Guatemala	6,07	6,07	6,05	5,88	5,88	↓ 0,19
Honduras	6,25	6,18	5,84	5,84	5,84	↓ 0,41
México	6,67	6,78	6,93	6,93	6,90	0,23
Nicaragua	5,68	6,07	5,73	5,56	5,56	↓ 0,12
Panamá	7,35	7,35	7,08	7,15	7,08	↓ 0,27
Paraguay	6,16	6,40	6,40	6,40	6,26	↓ 0,10
Perú	6,11	6,31	6,40	6,59	6,47	↑ 0,36
Rep. Dom.	6,13	6,20	6,20	6,20	6,49	↑ 0,36
Uruguay	7,96	8,08	8,10	8,17	8,17	↑ 0,21
Venezuela	5,42	5,34	5,18	5,08	5,15	↓ 0,27

Fuente: The Economist Intelligence Unit's index of democracy. Londres. www.eiu.com y Manuel Alcántara (2014).

Por último, es análisis de *Freedom House* de 2013, “nueve de los 18 países de América Latina son catalogados como países libres y, dentro de este primer grupo, Chile,

Costa Rica y Uruguay son los que obtienen las mejores calificaciones. Los otros nueve países son considerados parcialmente libres, siendo Venezuela y Honduras los países con las puntuaciones más bajas” (Zovatto, 2014:31).

<i>País</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>Evolución 2006-2012</i>
Argentina	2	2	2	2	2	2	2	2	=
Bolivia	3	3	3	3	3	3	3	3	=
Brasil	2	2	2	2	2	2	2	2	=
Chile	1	1	1	1	1	1	1	1	=
Colombia	3	3	3	3,5	3,5	3,5	3,5	3,5	↓ 0,5
Costa Rica	1	1	1	1	1	1	1	1	=
Ecuador	3	3	3	3	3	3	3	3	=
El Salvador	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	=
Guatemala	3,5	3,5	3,5	3,5	4	4	3,5	3,5	=
Honduras	3	3	3	3	4	4	4	4	↓ 1
México	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	3	3	3	↓ 0,5
Nicaragua	3	3	3	3,5	4	4	4,5	3,5	↓ 1,5
Panamá	1,5	1,5	1,5	1,5	1,5	1,5	1,5	2	↓ 0,5
Paraguay	3	3	3	3	3	3	3	3	=
Perú	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	=
República Dominicana	2	2	2	2	2	2	2	2,5	↓ 0,5
Uruguay	1	1	1	1	1	1	1	1	=
Venezuela	4	4	4	4	4,5	5	5	5	↓ 1

Fuente: <http://www.freedomhouse.org/> y Manuel Alcántara (2014), en Zovatto (2014)

Los estudios aquí analizados demuestran que las democracias de la región deben seguirse perfeccionando, porque si bien es cierto que el logro de la estabilidad política es valiosa y trascendental en las últimas tres décadas y media, también lo es que es imprescindible un mejor desempeño no sólo por parte de los gobernantes, sino también de los ciudadanos. El Estado de derecho es importante y la celebración de procesos electorales, pero también lo es que la ciudadanía ejerza su verdadero papel informándose responsablemente para la toma de decisiones que les provean de mejores resultados en su entorno.

América Latina está transitando de un Estado de legalidad a uno de constitucionalidad al incorporar en sus textos constitucionales tanto el reconocimiento de los derechos fundamentales, como sus respectivas garantías; pasar de una democracia formal para transitar a una sustancial, en la que el proceso electoral defina los mecanismos de elección de los representantes, pero que por su parte, el régimen demo-

crático se ejerza a partir de los principios constitucionales y los valores que implica la democracia.

Sería injusto desconocer el papel que hoy juega la justicia internacional en los Estados pues a la luz del neoconstitucionalismo la obligación de los países radica en la incorporación de las convenciones y tratados internacionales en todo proceso judicial. Las personas deben estar por encima de cualquier sector de poder o intereses particulares, hoy, la Constitución (como Constitución rígida y liberal) constituye el referente más importante para el funcionamiento del Estado. A través de la democracia es que se deberán poner en práctica todos esos ideales plasmados en los textos constitucionales. El régimen democrático y su buen desempeño son la clave para una mejor calidad de vida de los ciudadanos que hoy más que nunca cambian constantemente y van adquiriendo mayores necesidades.

La calidad de la democracia atiende, como se vio a lo largo de este estudio, a diversas premisas que deben ser perfeccionadas y cuidadas para su correcto funcionamiento. El proceso electoral es parte esencial de esa condición pero la garantía de derechos y libertades debe prevalecer en todo momento y extenderse a los diversos ámbitos de la vida pública y social, si es que las democracias constitucionales o el Estado constitucional de Derecho han de consolidarse.

Conclusiones

El Estado constitucional de Derecho encierra principios fundamentales que lo caracterizan y distinguen de otros modelos. Así, referirse a Estado constitucional de Derecho implica hablar de democracia, y, por ende, de democracias constitucionales. El objetivo de este análisis se centró en destacar los cambios que ha sufrido tanto el Derecho como los regímenes políticos de la región latinoamericana; hacer notar los importantes avances que se han suscitado pero, sobre todo, las grandes deficiencias que aún están presentes para alcanzar los ideales constitucionales, legales y democráticos no sólo formal sino sustancialmente.

La medición de la calidad de la democracia aporta datos para su análisis y reflexión en el sentido de detectar cuáles son los indicadores que reflejan el bueno, malo o no tan buen funcionamiento del régimen, que en la mayoría de los Estados latinoamericanos sigue sin consolidarse; la democracia tiene aún un periodo indefinido para su consolidación, el reto radica en acortar dicho periodo. La nueva dinámica legal de resolución de conflictos encierra grandes retos que afortunadamente tiene como referente a la Constitución y consecuentemente a los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales hoy son tal gracias y a través de su interpretación, siempre a la luz de los principios constitucionales y los tratados internacionales, basados en el mayor beneficio de las personas. El Estado constitucional y democrático de derecho constituye el distintivo de los Estados posmodernos y no es tema menor difundir este tipo de estudios para contribuir, en alguna medida, a que los gobiernos que dirigen los destinos de las naciones los tomen en cuenta para el mejoramiento

en su ejercicio. También creemos que su difusión debe ser considerada por los ciudadanos, quienes necesitan estar mejor informados para que su participación en la vida democrática sea realmente efectiva y repercuta en la toma de decisiones responsable. Si los derechos fundamentales en el ámbito de la democracia electoral y de las esferas públicas de acción que le son consustanciales están efectivamente protegidos y tutelados, entonces no sólo la democracia sino la vida social, en sentido amplio, resultarán más sustentables en una época de profundos cambios y transformaciones que afectan al conjunto de la civilización.

Bibliografía

- Alcántara, Manuel. 2008. *Luces y sombras de la calidad de la democracia en América Latina*. En Revista de Derecho Electoral. Tribunal Supremo de Elecciones. No. 6, segundo semestre.
- _____. 2012. "El oficio de político". Tecnos. Madrid.
- _____. 2014. "Política y calidad de la democracia en América Latina. Consideraciones complementarias al análisis de Leonardo Morlino". En IDEA Internacional y LUISS. La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional. IDEA Internacional. En prensa.
- Altman, David y Aníbal Pérez-Liñán. 2007. *Más allá de la poliarquía: una aproximación a la calidad de las democracias*. En Revista Uruguaya de Ciencia Política. No. 11. Montevideo.
- Ávila Ortiz, Raúl. 2009. *Epílogo. Entre la libertad, la justicia y la eficacia en el gobierno: Avances y dilemas del estado constitucional democrático latinoamericano*, en Miguel Carbonell et. Al. (Coord.) "Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica". IJ/UNAM e IDEA Internacional. México.
- _____. et. Al. 2012. "¿Hacia una Ley de Partidos Políticos?". IDEA Internacional. México.
- Bobbio, Norberto. 2012. "El futuro de la democracia". FCE. (7ª reimpresión). México.
- Carbonell, Miguel (Coord.). 2005. "Neoconstitucionalismo(s)". Trotta (2ª edición). Madrid.
- Córdova Lorenzo y Pedro Salazar (Coords.) 2007, "Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene". IJ/UNAM e IDEA Internacional. México.
- Dahl, Robert. 2009. "La Poliarquía. Participación y oposición". Tecnos (3ª edición). España.
- Del Rosario, Marcos. 2013. "Nuevas tendencias del constitucionalismo en la actualidad. Ubijus. México.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. "Derechos y garantías. La ley del más débil". Trotta (5ª edición). Madrid.
- _____. 2010. "Democracia y Garantismo". Trotta (2ª edición). Madrid.
- Greppi, Andrea. 2012. "La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública". Trotta. Madrid.
- González Placencia, Luis y Morales Julieta (Coords.). 2012. "Derechos humanos. Actualidad y desafíos II". Fontamara. México.
- IDEA Internacional. 2006. "Diseño de sistemas electorales. El nuevo manual de IDEA Internacional". México.
- _____. 2012. "Profundizando la democracia. Una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo". Vitt Grafiska. Suecia.
- Méndez de Hoyos, Irma. 2006. Transición a la democracia en México. Fontamara. México.
- Morlino, Leonardo. 1996. *Consolidación democrática, definición, modelos, hipótesis*. En Revista española de investigaciones sociológicas. No. 35. Pp. 7-62.
- _____. 2005. "Democracia y democratizaciones". Cepcom. México.
- _____. 2013. "La calidad de las democracias en América Latina". IDEA Internacional. Estocolmo, en prensa.
- Mosca, Gaetano et. Al. 2007. "Diez textos básicos de ciencia política". Ariel (3ª edición). España.
- Nohlen, Dieter. 2008. "Derecho y política en su contexto". SCJN-UNAM-UABJO. México.
- _____. 1999. "Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos". IFE. México.
- _____. 2004. "Sistemas electorales y reforma electoral. Una introducción". IDEA Internacional. Lima, Perú.
- Levine, Daniel H. y Molina, José Enrique. 2007. *La calidad de la democracia en América Latina. Una visión comparada*. En "América Latina Hoy". No. 45. Pp. 17-46. España.
- Loeza, Soledad. 2008. "Entre lo posible y lo imposible. La experiencia de la transición en México". Temas de hoy. México.
- O'Donnell, Guillermo. 2007. "Disonancias. Críticas democráticas a la democracia". Prometeo. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- OEA. 2011. "Política, dinero y poder". FCE. México.

- Orozco Henríquez, J. Jesús y Daniel Zovatto (Coords.). 2008. "Reforma política y electoral en América Latina, 1978-2007". IJ/UNAM. México.
- PNUD, OEA. 2010. "Informe *Nuestra democracia*". FCE. México.
- Quesada, Fernando. 2008. "Sendas de democracia. Entre la violencia y la globalización". Trotta. Madrid.
- Salazar Ugarte, Pedro. 2013. "Política y derecho. Derechos y garantías". Fontamara. México.
- Sartori, Giovanni. "Representación", en Sartori Giovanni. 1992. *Elementos de Teoría Política*. Alianza Universidad. Madrid. Pp. 225-242.
- _____. "Partidos y sistemas de partidos". 1999. Alianza. Madrid.
- _____. 2007. "Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo". Alianza (5ª reimpresión). Madrid.
- _____. 2007. "Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos". Alianza (4ª reimpresión). Madrid.
- _____. 2008. "¿Qué es la democracia?". Taurus. México.
- _____. "La democracia en 30 lecciones". 2009. Taurus. México.
- Valadés, Diego. 2006. "El control del poder. UNAM. México.
- Vallés M, Josep y Bosch Agustí. 1997. "Sistemas electorales y gobierno representativo". Ariel. Barcelona
- Woldenberg, José *et. Al.* 2011. "La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas". Ediciones cal y arena (4ª edición). México.
- Woldenberg, José. 2012. "La transición democrática en México". El Colegio de México. México.
- _____. 2013. "México: la difícil democracia". Taurus. México.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2007. "El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Trotta (7ª edición). Madrid.
- Zovatto, Daniel. 2014. "El estado de las democracias en América Latina a 35 años del inicio de la tercera ola democrática". Informe para IDEA Internacional. IDEA Internacional. En prensa.

Fuentes de internet

- <http://www.economist.com/topics/economist-intelligence-unit>
<http://www.freedomhouse.org/>
<http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/canada.htm#sistelec>
<http://www.idea.int/>

“Principios de la Interpretación Constitucional”

Luis Rogelio Bethancourt Espinosa⁵⁷

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Aspectos Generales. 3.- El papel del juez constitucional en la sociedad democrática. 4.- Necesidad y finalidad de la Interpretación en el Estado de Derecho. 5.- Los principios de la interpretación constitucional utilizados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. 6.- Consideraciones finales, 7. Bibliografía

Introducción.

La interpretación es de suma importancia para el Derecho en general y hasta para el propio Derecho Constitucional, por lo que se puede señalar que el Estado de Derecho se sustenta en una normativa fundamental.

Precisamente, el Derecho como ciencia encuentra dentro de su entorno una gama de temas que tienen relación entre sí, en este caso podemos mencionar a la relación entre la norma jurídica y la interpretación que lleva cabo el órgano del Estado que tiene a su cargo la función jurisdiccional. Y es que este tipo de interpretación va más allá de la que realiza el juzgador ordinario que actúa como tercero dirimente de controversias que surjan entre particulares, pues el juez constitucional se ve relacionado con otro tipo de interpretación, como lo es la Constitucional, es decir, la que realiza una jurisdicción especial encargada de interpretar el contenido de las normas fundamentales.

De igual forma, podemos anotar que la interpretación de las normas jurídicas viene a ser el sentido que el juzgador le otorgue al trabajo realizado por el Poder Legislativo y que es plasmado en ley, pero al tratarse de la Constitución, su interpretación es un tanto diferente a la anterior, al adquirir especial importancia en el Estado de Derecho, porque a través de la interpretación constitucional, se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política y social de un país; de allí, que dada su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación puede depender la vigencia de las demás normas de inferior jerarquía, al poder quedar fuera del ordenamiento jurídico, debido a su incompatibilidad con las disposiciones constitucionales.

⁵⁷Master en Derecho Comercial por la Universidad Interamericana de Panamá; Postgrado en Derecho Comercial por la Universidad Interamericana de Panamá, Master en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá, Postgrado en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá, Membro del Colegio Nacional de Abogados, Profesor de la Universidad Americana de Panamá. Asistente de Magistrado de Corte Suprema de Justicia de Panamá. luisbethancourt07@gmail.com

Así que a través del presente trabajo analizaremos entre otros temas a los principios de la interpretación constitucional, desde el punto de vista de la labor que lleva cabo en nuestro país el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, quien hace las veces de Tribunal Constitucional, de acuerdo a la competencia que le ha otorgado nuestra Constitución Nacional y ciertas normas contenidas en el Libro IV del Código Judicial. Además, dicha tarea la realizaremos citando algunos fallos donde se ha aplicado dichos principios, pero valiéndonos de la jurisprudencia que se ha generado luego del retorno de nuestro país al modelo democrático, es decir, de inicio de la década del noventa del siglo pasado hasta el presente.

Aspectos generales.

De acuerdo al Diccionario Derecho Usual de Guillermo Cabanellas De La Torre⁵⁸, la interpretación es la declaración o explicación del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso; por eso al hablar de hermenéutica podemos remontarnos a tiempo de celebres personajes como Platón, donde se veía a ésta como la explicación o interpretación del pensamiento.

Para Gustavo Zagrebelsky⁵⁹, la interpretación “es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de fórmulas lingüísticas contenidas en el enunciado, se llega a un contenido normativo; esto es, se pasa de los significados de lo oscuro o insuficiente”.

Mientras que para el Dr. Cesar Quintero⁶⁰, la interpretación jurídica “es una variedad de la actividad interpretativa en general. Interpretar, en una amplia acepción, es captar subjetivamente el significado de cualquier cosa. Si ella sólo interesa a quien la interpreta, éste por lo regular actúa individualmente en consecuencia. Si, en cambio la cosa interpretada interesa colectivamente, la norma es que quien la interpreta transmita su investigación a los otros interesados”.

Al pasar al plano de la Interpretación, pero desde el punto de vista constitucional, el Dr. Arturo Hoyos⁶¹, dice que hay que destacar que ésta es una especie de la interpretación jurídica, pero que se diferencian de ésta última, por su objeto, el cual es meramente constitucional; por su finalidad, que no es más que la de interpretación de la Constitución; por su actor, que en este caso es el juez constitucional (en nuestro caso el Pleno de la C.S.J.), quien se vale de una especie de principios que la animan y que no son los mínimos que utiliza el juez que dirime conflictos entre partes (interpretación jurídica), ya que acá existe hasta un matiz político (no es el político partidario, más bien es de organización política del Estado).

58 Cabanellas De la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2007. pag. 204. 204.

59 Zagrebelsky, Gustavo. La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución., en División de poderes e interpretación. Edición y prólogo de Antonio López Pina. Tecnos, Madrid, 1987. Pag. 33.

60 Quintero, Cesar. Derecho Constitucional I. Librería, Litografía e Imprenta Antonio Lehmann. San José, 1967. Pag. 54.

61 Hoyos, Arturo. La Interpretación Constitucional. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1993, pag. 5.

El papel del juez constitucional en la sociedad democrática.

Originalmente la norma jurídica puede ser interpretada por todos los individuos que integran una sociedad, esto partiendo de la presunción que todos conocen el contenido de la Ley, al ser publicada por el Estado para darle publicidad y plena vigencia. Sin embargo, al tratarse de normas constitucionales, esto no opera de la misma manera, porque en todo Estado de Derecho, dicha misión está reservada para un juzgador especializado, aún cuando se diga que el primer intérprete de la Constitución es el Legislador, quien le toca la tarea de legislar para desarrollar con mayor detalle el contenido de ésta. Pero existe un segundo intérprete, en este caso el mencionado juzgador constitucional, papel que en nuestro país le corresponde al Pleno de la C.S.J., por mandato del numeral 1 del artículo 206 de la Constitución, ya que éste tiene como misión mantener la guarda de la integridad de la Constitución, función que hará al solicitársele el examen de cualquier acto administrativo o jurisdiccional, leyes, reglamentos, decretos, etc., que se considere infractor de la C.N.⁶²

Sin embargo, desde el punto de vista del Dr. Arturo Hoyos⁶³, el papel del juzgador constitucional ha cambiado, porque no es el mismo que viene desde la concepción de Montesquieu, donde se tenía que el juez era un simple trasmisor de la voluntad del legislador, la cual era plasmada en la Ley. Desde la perspectiva del precitado autor, esto ha cambiado, pues atinadamente señala que si se observa lo dicho por el profesor Mario Cappelletti⁶⁴, éste nos dice que existen razones por la cual se ha transformado este papel, observemos:

- a) El auge del Estado de bienestar, que ha producido la intervención del Estado (Ejecutivo), en la vida socioeconómica, por consiguiente requiere de una mayor necesidad de control del gobierno, por parte del juez constitucional.
- b) El auge de los convenios internacionales de derechos humanos, los cuales, han traído un mayor activismo de parte de los jueces, ya que los mismos contienen norma de tipo general que al hacerse judicialmente exigibles, requieren de un mayor papel creador del juez, para dotar de contenido concreto estas normas de carácter general.
- c) El poder de un órgano constitucional para anular algunos o todos los actos inconstitucionales del Estado, donde algunos pueden pensar que esa función la debe realizar un Tribunal Constitucional, que inclusive podría examinar los fallos emitidos por las salas que componen nuestra C.S.J.

Asimismo, no debe ignorarse la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, ya que el poder para declarar la nulidad de las leyes está conferi-

62 Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004, artículo 206 numeral 1.

63 Hoyos, Arturo. La interpretación Constitucional. Op. Cit. Pag. 6

64 Op. Cit.pag.7

do a un órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, sea la Corte Suprema existente en un país determinado, sea una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado. Por consiguiente, el sistema concentrado posee, en general, una particularidad doble: en primer lugar, el poder para anular ciertos actos inconstitucionales está conferido a un sólo órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, y, en segundo lugar, de acuerdo con la excepción mencionada, el poder de dichos órganos constitucionales para juzgar la inconstitucionalidad y declarar la nulidad de actos del Estado, no concierne todos los actos del Estado, sino un número limitado de ellos, normalmente las leyes y otros actos del Congreso del Gobierno, inmediatamente subordinados a la Constitución o dictados en ejecución directa de ésta y únicamente sometidos a sus regulaciones. Como se dijo, éste sin embargo, no es el caso de Panamá, donde la C.S.J. tiene exclusivamente el poder para anular por inconstitucionalidad, todos los actos estatales contrarios a la Constitución.

Necesidad y finalidad de la Interpretación en el Estado de Derecho.

En cuanto a la necesidad, la misma es necesaria siempre que se tenga que aplicar un texto que contiene normas constitucionales de carácter judicial, porque de ella dependerá la respuesta a determinado caso. De allí, de la importancia que la doctrina y la jurisprudencia le ha dado a la interpretación constitucional y por ende a sus principios.

Mientras que al referirnos a la finalidad, ésta permite la actuación práctica del ordenamiento constitucional, pues no podemos olvidar que la Constitución es la norma fundamental que rige a toda sociedad, la cual conlleva normas de convivencia, así como deberes y derechos para sus ciudadanos, pero los cuales se hacen efectivos de acuerdo a una interpretación, observemos: permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional; la integración del ordenamiento constitucional; el control formal de la regularidad de las leyes y otros actos, y el control sustancial del contenido de tales actos; a de elegir la solución más correcta para el caso, desde el punto de vista constitucional; la defensa de la fórmula política contenida en el sistema constitucional; y la integración del ordenamiento constitucional.

Consecuentemente, consideramos que la importancia y relevancia de la interpretación constitucional va a encontrar en la función de la guarda de la integridad de la Constitución, porque a través de esa labor interpretativa del juez constitucional se desplegará la eficacia y fuerza normativa ésta como Ley Suprema del ordenamiento jurídico-político del Estado. Esto encuentra una estrecha relación con un postulado que responde a todo un proceso histórico que precisamente reconoce ese carácter supremo a dicha normativa, y que la doctrina ha denominado “Principio de Supremacía Constitucional”⁶⁵. El alcance de dicho principio es la observancia preceptiva a las

65 Patiño Cruz, Silvia. Orozco Solano, Víctor. “La inconstitucionalidad por omisión”. Investigaciones Jurídicas, S.A., Segunda Edición, San José de Costa Rica, octubre 2011, pag. 26.

autoridades públicas, de tal forma, que conlleva la limitación de sus atribuciones en búsqueda de la protección de los derechos que la propia Constitución les otorga a las personas, además de imponer determinadas obligaciones a los poderes públicos con potestad normativa, que se fortalece de la interpretación constitucional, apoyada por principios de carácter especial como los que expondremos más adelante.

De igual forma, consideramos necesario fijar la atención sobre lo señalado por Zagrebelsky, al referirse al Neoconstitucionalismo y donde opina que: “el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho (...) La ley ha dejado de ser única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista.”⁶⁶

El Dr. Rafael Enrique Aguilera Portales, nos dice que con la “nueva corriente del Neoconstitucionalismo, las constituciones incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores. Estas disposiciones constitucionales presentan un amplio grado de indeterminación y vaguedad pues remiten conceptos controvertidos de una fuerte carga valorativa moral como justicia, libertad, autonomía, dignidad humana, solidaridad”⁶⁷.

Los Principios utilizados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Dentro de esos criterios de interpretación encontramos a los principios de interpretación de la Constitución propuestos por la doctrina europea y americana, difundido por el célebre tratadista Konrad Hesse, pero en el caso de Panamá, es cierto que esos principios han sido utilizados por nuestra Corte Suprema de Justicia, aunque también existen otros principios que han sido utilizados a lo largo del tiempo de manera indirecta y directa.

Como manifestamos en líneas anteriores, nuestra Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, ha aplicado en sus decisiones ciertos principios de interpretación, pero hay que tener claro que estos principios han sido aplicados con mayor frecuencia luego del retorno a la democracia que se da a inicios de la década de los noventa del siglo pasado y que han venido a fortalecer el mismo Estado de derecho.

Siendo así, pasemos a exponer los principios sobre los cuales se han erigido gran parte de la jurisprudencia patria en materia constitucional, a saber:

El principio favor libertatis. Este principio tiene como finalidad, que se entienda que los derechos y garantías pueden ser extendidos por medio de la interpretación constitucional que lleva a cabo el juez constitucional. Es decir, que los derechos y

66 Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. Trotta. Madrid, 1995. Pag. 65.

67 Aguilera Portales, Rafael Enrique. Teoría política del Estado constitucional. Editorial Porrúa, México. 2011. Pag. 56

garantías previstos en nuestra Constitución deben verse como mínimos, por lo cual a través de la interpretación constitucional pueden ser ampliados.

Al ejemplificar este principio, podemos traer a colación que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, amplió el alcance del Habeas Corpus⁶⁸ como mecanismo tutelar del derecho fundamental a la libertad de la persona y que originalmente sólo era visto para conseguir la libertad de toda persona sometida a una detención sin cumplir con las formalidades de Ley, por una restringida interpretación del contenido del artículo 23 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, a través de la aplicación de este principio se estableció el habeas corpus correctivo o reparador y el preventivo, y posteriormente en el Acto Legislativo No. 1 de 2004, se introdujo formalmente estos cambios en el artículo 23 de la Constitución, cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 23. Todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben esta Constitución y la Ley, será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante la acción de hábeas corpus que podrá ser interpuesta inmediatamente después de la detención y sin consideración a la pena aplicable.

La acción se tramitará con prelación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles.

El hábeas corpus también procederá cuando exista una amenaza real o cierta contra la libertad corporal, o cuando la forma o las condiciones de la detención o el lugar en donde se encuentra la persona pongan en peligro su integridad física, mental o moral o infrinja su derecho de defensa”.

El habeas corpus correctivo o reparador, tiene como finalidad garantizarle a la persona detenida preventivamente, un trato digno en todo momento que garantice el respeto de sus derechos. Es decir, que su finalidad no va dirigida a lograr la libertad de la persona, más bien a que se respeten sus derechos mientras dure la detención preventiva. Al ejemplificar, podemos señalar que a través de este tipo de habeas corpus, se puede conseguir que se cambie el lugar de reclusión de la persona, si se comprueba que el centro penitenciario en que se encuentra, no es la sede del tribunal que conoce la causa penal, así como para detener el trato indebido al privado de libertad.⁶⁹

Al referirnos al Habeas Corpus Preventivo, debemos señalar que éste ha sido instaurado para la protección de la libertad de la persona, que a pesar de no encontrarse privada de libertad, tiene conocimiento que se hay amenazas que pueda ser detenido.⁷⁰

68 Cfr. Sentencia del Pleno de la C. S. J. de fecha 18 de noviembre de 1991.

69 Castillo García, Leopoldo. Derecho Procesal Penal Panameño. Editorial universal Books. Panamá, Rep. de Panamá. 2007. Pag. 277.

70 Op. Cit. Pag. 278

Siendo así, se desprenden ciertos requisitos para que se reconozca procedente este tipo de Habeas Corpus, a saber⁷¹: a) que se hay dictado una orden de detención, b) que no se haya ejecutado y, c) que la misma no se haya dictado fuera de los casos y de la forma que prescribe la Constitución.

El principio de Favor Libertatis, también ha sido utilizado para definir la garantía del Debido Proceso consagrada en el artículo 32 de la Constitución Nacional⁷², apoyado en lo señalado por el Dr. Arturo Hoyos⁷³, quien la define como una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso, oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones jurídicas motivadas y conformes a derecho de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.

El Principio de unidad de la Constitución. Este principio es desarrollado por la doctrina europea, pero no está demás señalar que también ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia, tanto en proceso de amparo de derechos fundamentales como en las acciones de inconstitucionalidad.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, aplicó este principio al declarar la inconstitucional de diversas normas que tenían que ver con la forma como eran nombrado Magistrados del Tribunal Superior de Trabajo por parte del Órgano Ejecutivo, por un periodo fijo, a pesar que los mismos llevaban a cabo funciones jurisdiccionales como tribunales de alzada, en la jurisdicción especial de trabajo. Pues bien, se consideró que la Constitución no puede ser interpretada de forma aislada, ya que a pesar que el artículo⁷³ de la Constitución establecía la jurisdicción especial de trabajo, mientras que el 206 habla de la facultad del Órgano Judicial de nombrar los magistrados y jueces, estos dos artículos no podían ser interpretarse aisladamente⁷⁴.

Resulta importante traer a colación un extracto correspondiente de dicha decisión, que reveló lo siguiente:

"... Mas, sin embargo, ni esta norma ni cualesquiera otras de la 'ley de leyes', debe interpretarse aisladamente, toda vez que, de lo contrario, a juicio de la Corte, se caería en el riesgo de apreciar el verdadero sentido orgánico de la Constitución, guiándose por el aspecto de su articulado, prescindiendo, así, de los preceptos que conforman su unidad, en cuanto a los principios y temas que la Carta Fundamental postula.

71 Idem.

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

73 HOYOS Arturo. El Debido Proceso. Editorial Temi, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1996, pág.58.

18 Cfr. Sentencia del Pleno de la C. S. J. de fecha 5 de abril de 1990.

.....

Esta interpretación, aislada y restrictiva, sin establecer la necesaria concordancia entre los preceptos constitucionales, con olvido de la unidad de la Constitución, impide conocer el verdadero sentido y la finalidad real del estatuto fundamental de la República, como ha ocurrido en el caso de las normas legales acusadas por los demandantes.

A propósito de este criterio de interpretación basado en la unidad orgánica de la Constitución (que la Corte comparte) el tratadista KONRAD HESSE) citado por el Doctor Arturo Hoyos, ha dicho que:

'...la relación e interdependencia existente entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aisladamente sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentra en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral"

Sobre el tema, es oportuno traer a colación el comentario que esbozó el ex Magistrado Arturo Hoyos, quien nos dice que este principio es una consecuencia de la aplicación del método sistemático de interpretación jurídica al plano constitucional. La norma constitucional no debe interpretarse en forma aislada, sino que debe verse su sentido considerándola dentro del conjunto constitucional⁷⁵.

Justamente, este criterio es reiterado y complementado por el autor Linares Quintana, citado por el Dr. César Quintero⁷⁶, y que sobre las reglas de interpretación constitucional, dice:

- d) "La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes..."
- e) Ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema."

También se refirió a este aspecto, el Licdo. Rafael Murgas Torrazza⁷⁷, al referirse a este principio de interpretación constitucional, señala:

"La Constitución no puede ser interpretada aisladamente. El método exegético de estudio del derecho constitucional, tan usual en Hispanoamérica, ha quedado en desuso para darle paso al estudio sistemático de interpretación constitucional. Lo que se impone es la interpretación concatenada de

75 Hoyos, Arturo. La interpretación Constitucional. Op. Cit. Pag. 23-24

76 Quintero, César. Interpretación constitucional. Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Panamá, 1ª Edición, 1999, págs. 36-37.

77MURGAS TORRAZA, Rafael, "DEFENSA DE LA CONSTITUCION", Impresos Modernos, S.A., Panamá, 2000, págs. 59-60.

las normas y no su examen aislado. El peso de los valores superiores del constitucionalismo, las cláusulas pétreas en nuestro medio, imponen el principio de unidad de la Constitución...

Madison se refirió al principio de unidad de la Constitución, señalando en El Federalista que:

'Existen dos reglas de interpretación, dictadas por la razón y fundadas en la razón. Una es que cada parte del texto debe, de ser posible, redactarse de forma que persiga un mismo fin. La otra es que, cuando diversas partes del texto no pueden ser vistas en forma coincidente, la menos importante debe ceder a la parte más importante; el medio debe ser sacrificado al fin, más que el fin a los medios.'

Es evidente que nuestro máximo tribunal de justicia acoge el principio de unidad de la Constitución; principio que es denominado también como el de concordancia práctica. Puede que eventualmente, en el examen de los derechos fundamentales, se establezcan prioridades porque surgen conflictos."

El Principio de continuidad de la Jurisprudencia constitucional. En cuanto a este principio, el Pleno ha señalado que, las sentencias en materia constitucional forman parte del llamado bloque de constitucionalidad⁷⁸, siempre que sean compatibles con el Estado de Derecho y sin perjuicio a la potestad de la Corte de variar sus pronunciamientos cuando exista justificación suficiente para hacerlo.

Hay que tomar en cuenta que este principio fue aplicado en una momento determinado, que viene siendo cuando nuestro país retorna a la vida democrática, por tanto, a través de la interpretación se le dio cabida a figuras jurídicas como el denominado "Bloque de constitucionalidad, que de alguna manera viene a sentar solidas base sobre que las normas con rango constitucional, no se agotan con el contenido de la propia Constitución.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico, no es casuista, es decir, que las decisiones vertidas por los administradores de justicia deben ser fundamentadas en precedentes, a pesar que si se tiene que tres decisiones en igual sentido vertidas por la Corte Suprema de Justicia, se tiene como doctrina probada.

El principio de presunción de legitimidad de las leyes y otros actos de autoridad administrativa. Primero que todos es necesario manifestar que, este principio es de constante aplicación en los amparos, donde la carga de la prueba recae sobre el demandante o amparista, quien tendrá que demostrar que la orden o acto dictada es contraria a un precepto constitucional.⁷⁹

Este principio es importante, porque a través de él y como bien ha señalado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en la precitada Sentencia, la constitución puede aplicarse directamente, en caso de derechos fundamentales, es decir si

78 Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 30 de julio de 1990.

79 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 25 de marzo de 1992.

en estos casos la ley es contraria a la Constitución. Ejemplo de esto sería, si el legislativo aprobara una Ley que instaura la pena de muerte, cuando la misma ha sido prohibida por la Constitución, se debe aplicar directamente la norma de mayor jerarquía, por ende declarar nulo el acto que pretende aplicar la norma de menor jerarquía.

Sobre el particular, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dejado evidencia de la aplicación de este principio, como bien podemos observar en dos fallos que pasamos a citar.

“El Pleno observa que el artículo 12 de la referida Ley 59 de 25 de julio de 1996, no expresa que los representantes de las compañías de seguros, corredores de seguros o sociedades de corretajes de seguros requieran de la aprobación de la junta directiva de la Asociación Panameña de Aseguradores para pertenecer al Consejo Técnico de Seguros, de allí que frente al texto de ley, que no abriga dudas en la forma de integración del Consejo Técnico de Seguros, se presume la legitimidad de la ley (PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY O DE LEGITIMIDAD DE LAS LEYES).⁸⁰

“Siendo ello así, la Sala observa que al no señalar el amparista los artículos constitucionales materialmente violados, lo que procede en derecho es negar la acción pues el principio de la presunción de legitimidad de las leyes y de otros actos de autoridad pública, obliga al amparista a demostrar que el acto que se impugna es contrario a la Constitución, presumiéndose la legitimidad de la orden de hacer o no hacer proferida por el funcionario demandado, presunción que no ha podido ser desvirtuada en este asunto constitucional⁸¹.

El principio de concordancia de las normas constitucionales. Como puede apreciarse, al Tribunal Constitucional le ha tocado pronunciarse sobre la contradicción entre preceptos constitucionales, pero afortunadamente una aproximación a la solución de este problema ha logrado alcanzarse al recurrir a aplicar principios cardinales en el proceso constitucional, como es el caso de los "principio de unidad de la Constitución" y el "principio de concordancia de las normas constitucionales", el cual nos ocupa.

Precisamente, este último principio tiene relación con la ponderación de derechos y garantías, que pueden entrar en conflicto entre sí, y donde le corresponde al Tribunal Constitucional decidir en determinado caso cuál de ellos debe sobresalir sobre el otro.

Al ejemplificar, podemos mencionar la ponderación que el Pleno realizó entre el derecho a la Familia y el derecho a las tradiciones indígenas. Pues bien, en este caso se disputaba el derecho a disponer del cadáver de una persona de la etnia Guna (antes Kuna), donde sus padres abogaban porque se le diera una ceremonia fúnebre de

80 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 25 de febrero de 2000.

81 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 6 de octubre de 1999.

acuerdo a la tradición de esta etnia, pero sus hijos y esposa, quienes no pertenecían a esta etnia, solicitaban que se hiciera de acuerdo a las costumbres latinas. Sin embargo, el Tribunal constitucional consideró oportuno hacer una ponderación de estos dos derecho, protegiendo el derecho a la familia dándole la razón a los hijos y a la esposa, ya que consideraba que a pesar de pertenecer el difunto a dicha etnia, éste al contraer matrimonio con una persona ajena a ésta, lo procedente es que estaba formando una familia y ellos tenían prioridad sobre la voluntad de los padres del causante.⁸²

Lo anterior quiere decir, que el Tribunal Constitucional realizó una valoración de los distintos intereses o valores protegidos por el ordenamiento constitucional, de manera que le tocó decidir cuál de ellos tenía prioridad sobre el otro, ya que es totalmente frecuente que los derechos fundamentales entren en conflicto.

Veamos otro ejemplo donde el Pleno de la Corte Suprema Justicia, ha aplicado el principio de concordancia de las normas constitucionales⁸³:

“En atención a lo antes expuesto, el Pleno considera que si bien es cierto que el derecho de los trabajadores a hacer la huelga con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo y sociales representa un derecho constitucional protegido, debe tenerse en cuenta que en atención al "principio de concordancia de las normas constitucionales" del que antes se hizo referencia, tiene prioridad la no interrupción del servicio público esencial que presta el Canal de Panamá que expresamente consagra el Título XIV constitucional sobre "El Canal de Panamá".

Ahora bien, resulta de mucha importancia destacar que como la huelga en el Canal de Panamá está prohibida, el legislador dotó a los trabajadores de esta institución de garantías compensatorias imparciales y rápidas para la defensa de sus intereses socioeconómicos y profesionales, pues el artículo 322 de la Carta Fundamental en su tercer párrafo preceptúa que "Los conflictos laborales entre los trabajadores del Canal de Panamá y su Administración serán resueltos entre los trabajadores o los sindicatos y la Administración, siguiendo los mecanismos de dirimencia que se establezcan en la Ley. El arbitraje constituirá la última instancia administrativa."

En el precitado caso el Pleno dio prioridad a la tesis que establecía que el Canal de Panamá presta un servicio público internacional abierto al comercio internacional de continua e ininterrumpida, por ende, no es correcto que se reconozca el derecho a huelga a los trabajadores de la vía interoceánica, más cuando las disposiciones legales que regulan ACP, tienen un sistema de resolución de conflictos laborales que compensa la carencia del reconocimiento de este derecho. Definitivamente, no podemos estar de acuerdo con esta tesis, más cuando las tendencias modernas del derecho apuntan hacia la construcción de un Estado Social de Derecho, donde puede obtenerse una mayor protección de los derechos fundamentales, como es el caso del

82 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 27 de abril de 1990.

83 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. fecha 27 de Abril de 2009.

Derecho a Huelga (Derecho Humano consagrado en un cúmulo de tratados internacionales), como instrumento único de presión de los trabajadores en búsqueda de mejores prestaciones laborales y que al no contar con éste, pone a los trabajadores de la ACP, en una realidad distinta al resto de los trabajadores del país.

El Principio de divisibilidad de las normas impugnadas. Este principio tiene como finalidad preservar la parte de la norma que no es contraria a la Constitución, en el caso que se solicite la inconstitucionalidad de todo un texto de una Ley. Es así, para preservar el ordenamiento jurídico, sin dejar de cesar la parte de la ley que es contraria a la Constitución, manteniéndose de esta forma la supremacía de la Norma Fundamental.⁸⁴

Para el Dr. Arturo Hoyos, este principio es muy sano y de gran importancia en nuestra interpretación constitucional pues tiende a preservar el ordenamiento jurídico y a hacer cesar la vigencia sólo de las partes de la ley o acto que sea estrictamente necesario para mantener la supremacía de la Constitución.

El principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución. Este es un principio de naturaleza jurisprudencial, que se ha podido observar a través de algunos pronunciamientos vertidos por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, donde se suspendieron dos actos, uno dictado por la Asamblea Legislativa, y otro, por el Ministerio de Educación. En ambos casos se dijo que el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, que permite suspender los actos administrativos, podía interpretarse conjuntamente con el artículo 2 de la Constitución, que establece el principio de separación de los Poderes del Estado⁸⁵.

Dicho principio se puede observar con mayor amplitud en el pronunciamiento vertido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, veamos un extracto de éste:

“De todo lo anterior se colige que el convenio impugnado contraría la libertad de tránsito por una razón de tipo formal y otra de índole material. La primera hace relación a la insuficiente jerarquía de un convenio (que es fuente de obligaciones y no fuente de derecho) para establecer limitaciones a la libertad de tránsito, las cuales sólo pueden establecerse mediante ley o reglamento. La segunda infracción, de orden material, consiste en que ese convenio no puede crear un monopolio en la explotación del negocio de transporte de pasajeros, como tampoco pueden hacerlo una ley o un reglamento, por vedarlo el artículo 293 de la Constitución. Esta última infracción se produce porque el derecho de circulación o libertad de tránsito previsto en la Ley 15 de 1977 debe interpretarse en armonía con el artículo 293 de la Constitución, en seguimiento del principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución que ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala y del Pleno de la Corte Suprema de Justicia”.⁸⁶

84 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 23 de mayo de 1991.

85 Cfr. Sentencias del Pleno de la C.S.J. de fechas 14 de enero de 1991 y 1 de febrero de 1991.

86 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 4 de julio de 1993.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista este principio es de vital importancia dentro de un Estado de derecho donde existe una norma fundamental, que no sólo debe ser atendida por el Legislador al momento de elaborar la norma jurídica, sino de los propios juzgadores al resolver las controversias que son llevadas ante ellos. Además, la propia evolución del derecho nos lleva a reconocer que el tema de los derechos fundamentales no se agota en el contenido de la propia Constitución, sino que existen derechos que a pesar de no encontrarse dentro de éstas, son reconocidos a través de la propia interpretación constitucional.

De tal forma, que atendiendo a estos precedentes nuestro juzgadores de las distintas jurisdicciones podría aplicar directamente el contenido de la Constitución, cuando así lo consideren, como bien lo ha hecho la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, a pesar de no ser un Tribunal de la jurisdicción constitucional.

El principio de interpretación extensiva de la función de administrar justicia del Órgano Judicial. Básicamente, este principio tiene que ver con la recuperación de la principal función del Órgano Judicial (Administrar Justicia), pues en el pasado existió una especie de fraccionamiento de funciones jurisdiccionales. Esta situación se podía percibir, en el papel preponderante que ejercía el Órgano Ejecutivo en la jurisdicción de trabajo, con los nombramientos de estos, además, se podía ver en la función juzgadora que ejercía el Ministerio de Comercio e Industrias, en lo referente al tema de propiedad intelectual y que posteriormente paso a ser competencia de la denominada Jurisdicción Especial de Comercio, que ve temas de Propiedad Intelectual y Derechos Conexos, Protección al Consumidor y Monopolio.

Justamente, esto ha cambiado en gran medida por el retorno de nuestro país al modelo democrático, a principios de la década del noventa del siglo pasado y que ocasionó una especie de reorganización de las funciones del Órgano Judicial, también producto de algunas decisiones jurisdiccionales y otras de carácter legislativo. Así que finalmente trajo como consecuencia que se integrara a sus funciones la administración de justicia en área hasta ese entonces dada a otros poderes del Estado, como bien señalamos en el párrafo que antecede.

Principio de preferencia de la vía contenciosa–administrativa sobre la vía constitucional en la impugnación de actos administrativos. Antes que todo es necesario destacar que en nuestro sistema de justicia se puede atacar por la vía constitucional actos administrativos de naturaleza general, como particular. Pero, la vía contenciosa administrativa, también contempla que estos actos se puedan atacar por medio de los procesos contencioso de nulidad y contencioso de plena jurisdicción, respectivamente. Pero inicialmente bajo este principio, se estableció que estos actos preferiblemente debían ser llevados ante lo contencioso administrativo, en vez de la vía constitucional, porque en ella a través de los precitados procesos se otorgaba a las personas una vía más idónea para sus reclamaciones, porque los procesos constitucionales tenían una estructura procesal menos ventajosas para las partes (Ejemplo de

esto venía siendo que ni en la acción de amparo o en la acción de inconstitucionalidad no existe período de pruebas).⁸⁷

Lo anterior quiere decir, que al encontrarse el Tribunal de Amparo de Derechos Fundamentales, con la impugnación de un acto de naturaleza administrativa, en la mayoría de los casos estos procesos no eran admitidos, en virtud del precitado principio, ya que era necesario antes agotar la vía gubernativa donde Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Suprema, debía pronunciarse para luego poder venir a la vía constitucional, lo que era totalmente injusto para las personas que necesitaban una protección inmediata de sus derechos.

Hay que resaltar que este es uno de los más polémicos principios, porque a través de este se tienden parámetros que definen de manera discrecional la utilización de dos vías (constitucional y contenciosa administrativa), donde los pronunciamientos no son uniformes. Sin embargo, los nuevos lineamientos asumidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en materia de amparo, han dejado sentado que se ha superado este principio, sobre la base de que primero tratándose de actos administrativos no aplica el contenido del artículo 2615 numeral 2 del Código Judicial, ya que el mismo habla que sólo se debe agotar los medios de impugnación tratándose de resoluciones judiciales y no de actos administrativos⁸⁸.

De igual forma, se deja a un lado que se inadmita una acción de amparo cuando se está frente a un acto de naturaleza administrativa, porque sin importar quien emita el acto y siempre que exista indicios de que el mismo sea infractor de una garantía fundamental, perfectamente puede ser examinado en la vía constitucional. Esto ha sido totalmente positivo, ya que como mencionamos en alguno de los párrafos que antecede, muchas acciones de amparo eran inadmitidas basadas en este principio, lo que representa que ahora este mecanismo procesal sea más efectivo para tutelar los derechos fundamentales de las personas.

El Principio de existencia de normas constitucionales fuera del texto de la constitución en sentido documental. A través de este principio se supera el concepto tradicional que poseía el derecho constitucional panameño, donde sólo se le daba al Tribunal Constitucional como elemento a interpretar en esta materia, el contenido documental de la Constitución, pero ahora se le da al juzgador una serie de normas que también poseen rango constitucional, pero que lógicamente no se encuentran dentro del Estatuto fundamental.

Así que la Corte Suprema de Justicia, ha aplicado en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, señalando que existe un conjunto de normas que junto a la Constitución, poseen un rango superior al resto del ordenamiento jurídico⁸⁹.

Inicialmente, la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, como mencionamos en el párrafo que antecede abrió el compás para romper con ese paradigma que se tenía de que sólo tenían rango constitucional las normas que se encontraban dentro del

87 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 23 julio de 1992.

88 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 21 de agosto de 2008.

89 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 30 de julio de 1990.

contenido de la propia Constitución, dándole entonces ese mismo rango a disposiciones supranacional en materia de derechos humanos, como es el caso del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

Aunado a lo anterior, es necesario señalar que a través de una interpretación que la Corte, le ha dado al párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución Nacional, el cual ha sido introducido por el Acto Legislativo de 2004, corresponde a lo que la doctrina ha venido denominando como la “clausula de abierta”, “clausula de derechos innominados” o “clausula de derechos no enumerados”, y que ha dado surgimiento a lo que autores como Jorge Gianareas, han denominado un autentico Bloque de Constitucionalidad.⁹⁰

De tal forma, que nos mostramos en total acuerdo con lo expresado por la jurista panameña Iris Díaz de Nicolás⁹¹, al señalar que la incorporación de dicho párrafo y la interpretación que se le ha dado al mismo, no solamente ha significado un cambio desde el punto de vista semántico en el texto constitucional, sino que ha impulsado prácticas jurisprudenciales que procuran maximizar los efectos normativos de los derechos fundamentales y la aplicación de los tratados de derechos humanos suscritos por nuestro país, así como involucrar la aplicación de nuevas técnicas interpretativas que consideran los principios constitucionales y ha provocado avances teóricos con miras a conocer, explicar y desarrollar la riqueza normativa del referido texto.

El Principio de validez del argumento de autoridad. Este principio tiene como finalidad, tomar en cuenta el pronunciamiento dictado por reconocidos juristas sobre determinados temas, los cuales una vez analizados pueden ser seguidos por los pronunciamientos constitucionales. Entre los autores que se mencionan, podemos señalar a entre otros a Cesar Quintero, Jorge Fábrega, Carlos Pedreschi y Arturo Hoyos.

Resulta imperativo destacar que, sin desmeritar el prestigio que tienen cada uno de los citados juristas, que este principio no es muy bien visto por todos, ya que si bien juristas gozan de una buena reputación, se puede interpretar que estos tienen la última palabra sobre ciertos temas, además, no se puede utilizar exclusivamente un argumento doctrinal como fundamento de una decisión, más en materia constitucional. De tal forma, que a nuestro parecer estas aseveraciones tienen sentido, porque si bien se puede uno apoyar en algún pronunciamiento doctrinal, esto a su vez no puede ser el único elemento a considerar por el juez constitucional.

Ante el particular el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

"El precedente judicial, finalmente, es el argumento de autoridad por excelencia en el ámbito del razonamiento jurídico. Su fundamento es también la relación personal/acto, o si se quiere juez/decisión." (Moral Soriano, Leo-

90 Cfr. Gianareas, Jorge. Conferencia dictada en el I Primer Congreso de Derecho Constitucional. Panamá, Rep. de Panamá. 2009.

91 Cfr. Díaz de Nicolás, Iris. Conferencia dictada en la Jornada de Derecho Constitucional, Escuela Judicial. Panamá, Rep. de Panamá. 2012.

nor, El Precedente Judicial, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2002, página 61)”⁹²

El Principio de prudencia. Este principio es sumamente importante, tiene como objetivo, que el juez debe tomar en cuenta las consecuencias de su decisión, ya que no se trata de decidir a priori sobre determinado caso, porque la decisión que tome puede incidir de forma negativa o positiva en el país⁹³.

Hay quienes consideran que, la concepción que el juez constitucional debe tomar una decisión siempre mirando lo mejor para el país, y no de forma deliberada, aun cuando a simple vista y desde la óptica racional del derecho constitucional lo demandado pueda resultar estrictamente inconstitucional.

Consideraciones finales.

Nuestras conclusiones deben ir dirigidas a señalar que: no se puede desconocer la importancia de la interpretación constitucional, porque el Derecho sólo puede ser aplicado tras ser interpretado. Y es lógico pensar que no puede haber Derecho sin Interpretación.

La Interpretación constitucional no sólo se limita a permitir la aplicación del Derecho, ya que conlleva dar un sentido a los preceptos, basados en principios y valores contenidos en toda Constitución. De tal forma, que el juzgador constitucional debe aplicar la interpretación de la Constitución de forma práctica.

La interpretación no debe estar sometida a ningún tipo de condición, pues de existir tendríamos un Tribunal que impartiera justicia de forma selectiva, lo que atentaría contra la construcción de un verdadero Estado de Derecho.

Igualmente, consideramos que es positivo que la Corte Suprema de Justicia mediante jurisprudencia reconozca ciertos principios, para llevar a cabo una interpretación constitucional, ya no se puede pensar que todo está inmerso en nuestro texto constitucional o que los derechos fundamentales se agotan dentro del contenido de ésta y también hacer un control de convencionalidad.

Por último, hay que encaminar los esfuerzos de los centros académicos para enseñar a nuestros juristas el aprendizaje del Derecho Constitucional, pero desde una perspectiva moderna o actual. Esto se puede hacer, creando más horas de estudios del derecho constitucional en los centros universitarios, crear especializaciones en esta materia y hasta doctorados, situación que desafortunadamente no se da en la actualidad, lo que deja a un lado la importancia del Derecho Constitucional en un Estado de Derecho.

92 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 26 de noviembre de 2007.

93 Cfr. Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 19 de febrero de 1992.

En base a lo anterior hay que tomar en cuenta el principio de progresividad, respecto al carácter sustancial de los derechos fundamentales, que justifica que la interpretación constitucional debe evolucionar hacia la producción jurídica, por el carácter complejo de los propios derechos, y que debe generar nuevos criterios de interpretación.

Por último, se requiere un cambio de mentalidad de los juzgadores, respecto a los avances del Derecho Constitucional, como es el caso del Estado Neoconstitucional, que demanda un papel protagonista de los juzgadores a través de la interpretación constitucional.

Bibliografía

Libros y Revistas

- Aguilera Portales, Rafael Enrique. Teoría política del Estado constitucional. Editorial Porrúa, México. 2011.
- Alonso García, Enrique. La Interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
- Bernal Pulido, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009.
- Cabanellas De la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2007.
- Carbonell, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2007.
- Diccionario Jurídico Epasa. Editorial Lex. Nueva Edición Actualizada, Madrid España. 2004.
- Ferrer Mc Gregor, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa. Tomos I, II, III y IV. México, D.F., 2006.
- Fornos, Iván. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Primera Edición. Editorial Porrúa, México, D.F., 2005.
- Frosini, Víctor. Teoría de la interpretación jurídica. Editorial Temi, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1991.
- García Belaunde, Domingo. Derecho Procesal Constitucional". Editorial Temis, S.A., Bogotá – Colombia. 2001.
- Hoyos Phillips, Arturo. La interpretación constitucional. Editorial Temi, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1993.
- Molino Mola, Edgardo, "La Jurisdicción Constitucional en Panamá, en un Estudio de Derecho Comparado". Edgardo Molino Mola, Primera Edición, Biblioteca Jurídica Díké, Medellín, 1998.
- Patiño Cruz, Silvia. Orozco Solano, Víctor. La Inconstitucionalidad por Omisión. Investigaciones jurídicas, S.A. San José, Costa Rica, 2010.
- Peralta, Ramón. La interpretación del Ordenamiento Jurídico conforme a la norma fundamental del Estado. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1994.
- Rodríguez Puerto, Manuel Jesús. Interpretación, derecho, ideología La aportación de la Hermenéutica jurídica. Editorial Comares. Granada. 2011.

Textos Jurídicos.

- Constitución Política de la República de Panamá de 1972.
- Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004.
- Código Judicial de Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol. Vigesima primera Edición, Panamá, República de Panamá, 2011

Jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 18 de noviembre de 1991.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 5 de abril de 1990.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 30 de julio de 1990.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 25 de marzo de 1992.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 25 de Febrero de 2000.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 6 de octubre de 1999
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 27 de abril de 1990.
- Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 23 de mayo de 1991.

Sentencias del Pleno de la C.S.J. de fecha 14 de enero de 1991
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 1 de febrero de 1991.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 4 de julio de 1993.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 23 julio de 1992.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 21 de agosto de 2008.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 30 de julio de 1990.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 26 de noviembre de 2007.
Sentencia del Pleno de la C.S.J. de fecha 19 de febrero de 1992.

Conferencias

Cfr. Gianareas, Jorge. Conferencia dictada en el I Primer Congreso de Derecho Constitucional. Panamá, Rep. de Panamá. 2009.
Cfr. Díaz de Nicolás, Iris. Conferencia dictada en la Jornada de Derecho Constitucional, Escuela Judicial. Panamá, Rep. de Panamá. 2012.

La constitucionalidad de los derechos humanos en México paradigma de una nueva cultura e interpretación jurídica

Rafael Sánchez Vázquez

Sumario: 1. Presentación. 2. La reforma constitucional sobre los derechos humanos de 10 de junio de 2011. 3. La constitucionalidad de los derechos humanos paradigma de una nueva cultura e interpretación jurídica. 4. Conclusiones 5. Propuestas. 6. Bibliografía.

México se encuentra en un proceso de modernización y de internacionalización de su sistema judicial, con especial énfasis en el área penal. Recientemente se realizaron modificaciones específicas a la constitución, reformando todos los artículos relativos al sistema penal mexicano, destacando entre sus principales adiciones los relativos a la implementación de los juicios orales y de los métodos alternos de solución de controversias (MASC) considerando a la mediación y conciliación sus principales elementos.

Francisco Javier Gorjón Gómez⁹⁴

La constitucionalidad y juridicidad de los Derechos Humanos en México, a partir de la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011, implica una transición a la nueva cultura del sistema jurídico mexicano.

Rafael Sánchez Vázquez.

Presentación

La moral pública en México se encuentra enferma, es necesario un cambio de mentalidad, por el bien del país. Empero son vicios muy antiguos y arraigados en nuestra sociedad. Los conoció y sufrió la sociedad colonial durante casi tres siglos. Los mismos perduraron durante los siglos XIX, XX y sigue en los primeros nueve años del siglo XXI. Consecuentemente, cuando los servidores públicos son

⁹⁴ Gorjón Gómez, Francisco Javier. "La Implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias conforme a la Reforma Procesal Constitucional en México, Reporte de Diagnóstico 2010", en Sánchez García, Arnulfo (coord.). *Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Ed. Dikynson, Universidad Autónoma de Nuevo León y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, p. 120.

incompetentes, irresponsables, no comprometidos con su labor o corruptos, una combinación de algunos de estos aspectos, y que giran en torno al poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras. Así pues, dichas actitudes ponen en riesgo las mejores instituciones, ya que se encaminan ineluctablemente al fracaso. Además, no podemos pasar por alto que dichas conductas y actitudes egoístas y mezquinas redundan en perjuicio de las mayorías que viven en la pobreza, ya que carecen de lo mínimo necesario para desarrollarse.⁹⁵

En nuestro país, se cuestiona momento a momento la actividad que realizan quienes procuran e imparten justicia. Es decir, existe una opinión pública generalizada de falta de confianza y credibilidad acerca de los servidores públicos que participan en la procuración e impartición de justicia. Así como de quienes coadyuvan en la seguridad pública, entre otras razones, por su falta de eficacia, eficiencia, imparcialidad, objetividad, transparencia en el actuar de los agentes del ministerio público así como de los jueces.

Consecuentemente, los Poderes Judiciales requieren una profunda revisión de la forma en la que desempeñan sus labores cotidianas. Toda vez, que no han variado su forma de trabajar desde hace más de cien años.

Resulta un clamor popular la necesidad de transformar radicalmente todo el proceso penal en México para dejar atrás su naturaleza inquisitoria, donde la carga de la prueba queda en manos del acusado y el Ministerio Público (órgano de procuración de justicia dependiente del Ejecutivo) juega el papel de parte e investigador de los delitos simultáneamente.⁹⁶

La Reforma Constitucional Penal del 18 de junio de 2008, implica una serie de cambios paradigmáticos que permiten transitar, por una parte, de una cultura jurídica eminentemente exegética caracterizada por el excesivo formalismo que obstaculiza y entorpece la procuración, administración e impartición de justicia, y por la otra, hacia una cultura sustentada en el realismo jurídico que se distingue por ser más racional y pragmática, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia tanto en la procuración, administración como en la impartición de la justicia penal.

La Reforma Constitucional antes mencionada, se pretende a través del realismo jurídico lograr una nueva cultura jurídica en México, que permita a los justiciables una mayor eficacia y eficiencia tanto en la procuración como en la impartición de la justicia penal. En donde, ésta, sea más transparente, imparcial y objetiva.

Con la Reforma Constitucional Penal en comento, se tratara de impulsar un nuevo Sistema Penal que permita hacer realidad una mayor imparcialidad y transparencia en quienes procuran e imparten justicia, a través del Sistema Penal Acusatorio Adversarial, en donde, se establece el principio de presunción de inocencia, el debido proceso legal. Además, de los juicios orales y de los medios alternativos para la solución de controversias: mediación, conciliación y arbitraje. Igualmente, con la Reforma

95 Cfr. Carpizo, Jorge. *Moral pública y libertad de expresión*. Ed. Jus, México, 2009, pp. 11 y 23 ss.

96 Concha Cantú, Hugo Alejandro y José Antonio Caballero Juárez. *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*. Ed. Instituto de Investigaciones de Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp. 317 y 322.

Constitucional Penal, se pretenden establecer políticas criminológicas y criminalísticas más apegadas a la investigación científica, a fin de lograr un trabajo más objetivo, racional y factible para beneficio de las víctimas. Consecuentemente, los beneficios son amplios y holísticos. De ahí, la urgente necesidad de realizar cambios cualitativos al interior de las facultades de derecho, que es el lugar en donde se forman a los abogados y futuros juristas de nuestras entidades federativas del país y allende fronteras. Toda vez, que se verán impactados al verse obligados al actualizar sus conocimientos que conlleva el Sistema Penal Acusatorio Adversarial y Garantista en Materia Penal. Así como de los medios alternativos para la solución de controversias para el efecto de hacer realidad una procuración e impartición de justicia más pronta, transparente e imparcial. En conclusión, con las investigaciones que se realizan se lograrán resultados que beneficiaran al entorno académico y de la investigación jurídica, así como también, la ciudadanía logrará recobrar confianza y credibilidad en las instituciones jurídicas que procuran e imparten la justicia penal.

Al respecto, el jurista Carlos Natarén Nandayapa, expresa lo siguiente: La reciente reforma constitucional al sistema de justicia penal y de seguridad pública puede definirse como la transformación más profunda del proceso penal mexicano moderno; en efecto, desde el Congreso Constituyente de 1916, no ha existido una reforma que tenga la misma amplitud de miras y de objetivos. Ahora, una vez aprobado el nuevo texto constitucional, se abre una nueva etapa: la implementación de los principios y directrices de la reforma en el ámbito del proceso penal ordinario, etapa que, evidentemente, será una de las labores más delicadas para todos los operadores jurídicos en nuestro país.⁹⁷

Durante el periodo 2007-2008, se impulsó en México la Reforma a la Justicia Penal, entre otras razones, porque tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores del Congreso de la Unión, han aprobado la minuta proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con el propósito de establecer el Sistema Penal Acusatorio Adversarial y Garantista, a través de los Juicios Orales, respetando el principio de presunción de inocencia.

La Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011, al establecer de manera formal y material que todas las personas gozaran de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, nos conlleva, por una parte, a una ruptura epistemológica de pensar y de hacer al derecho. Y, por la otra, nos obliga a construir una nueva cultura e interpretación jurídica que gira en torno a la dignidad humana y demás beneficios de la persona, sustentada en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Con el propósito de fortalecer al Estado Transnacional por arriba de los valores y fines del Estado Nacional.

97 Natarén Nandayapa, Carlos F. "Breves Reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario", en García Ramírez, Sergio y de González Mariscal, Olga Islas (coords.). *La Reforma Constitucional en Materia Penal. Jornadas de Justicia Penal*. Ed. IJUNAM e INACIPE, México, 2009, p. 229.

La reforma constitucional sobre los derechos humanos de 10 de junio de 2011.

El 6 y 10 de junio de 2011, se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que impactan directamente en la administración de justicia federal.⁹⁸

Por lo que respecta, a la segunda reforma (10 de junio de 2011), evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara **del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas**, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Así, la ampliación de los derechos que significa la concreción de algunas cláusulas constitucionales, como aquella relativa a los migrantes o a la suspensión de garantías, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, miran hacia la *justiciabilidad* y eficacia de los derechos que, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.⁹⁹

A continuación, se presentan los tres primeros párrafos del artículo 1 constitucional reformado mediante el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:¹⁰⁰

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Así pues, en el párrafo tercero del mismo artículo 1o. constitucional establece lo que podemos llamar los *derechos en acción*. Es decir, la constante construcción de los derechos humanos, donde éstos no son vistos como meros postulados o límites estáticos, sino como una compleja red de interacciones hacia su interior y entre ellos. Es

98 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en lo que se reconocen Derechos Humanos), <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>. Fecha de consulta: 18 de octubre de 2012.

99 <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>.

100 Cámara de Diputados, Reformas a la Constitución: Reformas Constitucionales por Orden Cronológico, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm, Fecha de consulta: 18 de octubre de 2012.

de la lógica del funcionamiento de esta red, expresada en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁰¹

De manera genérica, el inciso c) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establecía que este órgano de justicia podía aplicar los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Dentro de esos principios, en el caso de los derechos humanos, se reconocen el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, ahora reconocidos de manera expresa por el párrafo tercero, del artículo 1 de nuestra Constitución.¹⁰²

Para el estudio de este apartado, es necesario señalar que la instauración del Estado legislador a fines de la Revolución Francesa pretendió reducir el derecho a las normas contenidas en una codificación. Es a finales de la Segunda Guerra Mundial, ante la desilusión del positivismo legalista, en que esta forma de ver la jurisprudencia fue totalmente erradicada. Esta situación ha dado cabida a la aplicación de principios del derecho en la motivación y razonamiento de las decisiones jurídicas.¹⁰³

La discusión en torno a los principios del derecho se vuelve importante por su trascendencia en la aplicación, interpretación e integración normativa.¹⁰⁴

Los principios postulan un ethos del ordenamiento jurídico, un sentido valorativo aplicable a toda situación en que fueren relevantes,¹⁰⁵ con carácter expansivo y que establecen “orientaciones generales” del derecho; no determinan conductas sino las guían.¹⁰⁶ Los principios tienen una carga axiológica que impone ciertos “valores” y una determinada ideología según su contenido material, o sea los bienes concretos que garantizan, por la cual adquiere algún sentido el ordenamiento jurídico.¹⁰⁷ Con ello los principios difieren también de las reglas porque requieren un posicionamiento moral que orienta la calificación jurídica de las posibles conductas de los sujetos a quienes se dirigen;¹⁰⁸ lo que no podría darse en el caso de las últimas que prevén en forma determinada y excluyente la acción que habrá de realizarse para lograr el fin

101 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 136.

102 Plascencia Villanueva, Raúl. “Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su Trascendencia en la Administración de Justicia”, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.). *Balance y Perspectivas del Seguimiento de la Reforma Constitucional Penal del 18 de junio de 2008 y su aplicación en el Estado de Puebla*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídico Políticas, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México, 2012, p. 10.

103 Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 10.

104 *Ibidem*.

105 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., trad. de Marina Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 110.

106 Zagrebelsky, Gustavo. “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 2ª ed., Ed. Porrúa-UNAM, México, 2002, pp. 83-84.

107 Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 110.

108 Pozzolo, Susana. “Un constitucionalismo ambiguo”. Trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel. *Neonconstitucionalismo*. Ed. Trotta-IJUNAM, Madrid, 2003, p. 195.

que necesariamente se proponen y salvaguardar con ello el valor que subyace a ellas.¹⁰⁹

Por lo expuesto, la sola mención de los principios ya mencionados de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad aplicables en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos reviste una especial importancia tanto para la teoría como para la práctica jurídica.¹¹⁰

La universalidad de los derechos humanos está muy relacionada con la esencia jurídica natural y moral de dichos derechos; por eso los derechos fundamentales se mantendrían independientemente de que fueran o no reconocidos por el sistema positivo local del Estado en cuestión. Como observa Francisco Laporta, si admitimos la universalidad, lo primero que debemos hacer es sacar a los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo.¹¹¹ De hecho, la única posibilidad para mantener la idea de universalidad que observa Gregorio Peces-Barba,¹¹² es abstraer a los derechos humanos de los bienes primarios que cada uno de ellos protege, para llevarla hacia una moralidad genérica que respalde al conjunto de los derechos. De esta forma, la moralidad de los derechos nos lleva necesariamente a la idea de dignidad humana, a los grandes valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Así, “la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)”.¹¹³

En la medida en que estos derechos humanos tienen como principal contenido valores morales de especial relevancia, es pertinente suponer que deben ser reconocidos para todas las personas, independientemente de su preferencia sexual, edad, nacionalidad, raza, etcétera.¹¹⁴

Continuando con el análisis de los principios se señala que en materia de derechos humanos debe conocerse que *son interdependientes e indivisibles* puesto que se respetan sin el menoscabo los unos de los otros. En este aspecto debe señalarse, que en la aplicación concreta de ciertos derechos pueden presentarse conflictos entre ellos, lo que teóricamente se denomina como colisión.¹¹⁵ En este tipo de casos, deberán de ser resueltos mediante la ponderación. El resultado sería la determinación de límites entre derechos para casos concretos, situación que no demerita la interdependencia e indivisibilidad a la que hemos hecho referencia.

109 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos*. 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2004, p. 35 y 37.

110 Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 12.

111 Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 4, 1987, p. 32. Cit. por Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 139.

112 Peces-Barba, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en Nieto, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Corte-IDH, 1994, p. 410. Cit. por *Ibidem*.

113 *Ibidem*, p. 411. Cit. por *Idem*, p. 140.

114 *Idem*, p. 140.

115 Vid. Mijail Mendoza Escalante, Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 38. Cit. por Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 13.

Finalmente, debe aplicarse el principio de que los derechos humanos *son progresivos* puesto que van evolucionando históricamente en la medida en que la humanidad va descubriendo nuevos aspectos para garantizarlos adecuadamente.¹¹⁶

Por último, cabe señalar, que el nuevo artículo 1o. constitucional no sólo integra en el marco constitucional a los derechos protegidos en tratados internacionales, su dinámica e interpretaciones, sino que con la inclusión de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad se constituye en un mandato dirigido a los agentes estatales con la capacidad de revolucionar las implicaciones del propio texto constitucional en sus partes orgánica y dogmática y, consecuentemente, el ejercicio de los tres poderes en los tres niveles de gobierno.¹¹⁷

La constitucionalidad de los derechos humanos paradigma de una nueva cultura e interpretación jurídica.

La esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos finalmente se concretó el 10 de junio de 2011. El alcance y los efectos que esta reforma genere en el acceso a la justicia de las personas, ahora se encuentra en manos de quienes imparten justicia y, en gran medida, del impulso que le dé a la reforma el litigio estratégico.¹¹⁸

La incorporación de los derechos humanos a la Constitución mexicana hace mucho más que modificar el lenguaje normativo. La nueva redacción trae consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de origen internacional y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección. En particular, el artículo 1o. diseña un orden constitucional fundado en la dinámica propia de los derechos humanos, al incluir la interpretación conforme, que trae consigo no sólo el desarrollo jurisprudencial de los derechos, sino también criterios de aplicación e interpretación propios del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), como el principio *pro persona*.¹¹⁹

Una de las cuestiones más relevantes de la reforma es la incorporación explícita del principio *pro persona* en el texto constitucional, lo cual sugiere distintas preguntas e importantes debates en el ámbito del Derecho. Para identificarlos, conviene empezar por definir dicho principio. De acuerdo con Mónica Pinto, el principio *pro persona* es un: "... criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la inter-

116 Sobre estos principios y otros aspectos de difusión de los derechos humanos ante situaciones de discriminación, Cfr. Ricardo Hernandez Forcada y Héctor Eloy Rivas Sánchez, El VIH/SIDA y los Derechos Humanos: guía básica para educadores en Derechos Humanos, México, Letra S, 2006, p. 7. Cit. por *Ibidem*.

117 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 164.

118 "El principio *pro persona*" en *Boletín Género y Justicia*, Número 32, Febrero de 2012, En el Marco del Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=1407.

119 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 135.

pretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”¹²⁰

Este criterio de interpretación sostiene la necesidad de acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, con la finalidad de reconocer derechos protegidos o no por la norma constitucional.¹²¹

Conforme a este principio, el operador jurídico debe adoptar la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria de los mismos.¹²²

El hecho de que el texto constitucional contemple expresamente el principio pro persona es de una relevancia inusitada pues da la pauta para ejercer el control de convencionalidad y conlleva el mandato de su aplicación, no sólo para quienes imparten justicia, sino para quienes participan del proceso legislativo y de política pública. Sin embargo, este criterio hermenéutico no era ajeno al régimen de interpretación previo a la citada reforma constitucional.¹²³

En efecto, la Constitución mexicana contaba con manifestaciones de dicho principio. Por ejemplo, el párrafo quinto del artículo 18 constitucional cuando habla del “interés superior del adolescente”; y el artículo 14 cuando permite la aplicación retroactiva de la ley penal en caso de que con ello se favorezca al reo. Además, el principio pro persona, también se encuentra recogido en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte.¹²⁴

Así pues, la nueva disposición constitucional establece: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹²⁵

De lo anterior surge la necesidad de que el juzgador conozca y aplique los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos sin autolimitarse a los tradicionales métodos de interpretación, pues los derechos fundamentales requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas y, sobre todo, distintas a las reglas de interpretación de las leyes ordinarias.¹²⁶

120 Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.” En Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Argentina, CELS, Editores del Puerto SRL, 1997, pág. 163. Cit. por http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=1407.

121 Carpizo, Enrique. *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos*. 1ª ed. 2011, 1ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 96.

122 Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 96.

123 http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=1407.

124 *Ibidem*.

125 Caballero Ochoa, José Luis. “La Clausula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona (artículo 1o. segundo párrafo, de la constitución)” en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 105.

126 Castilla, Karlos. “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 20, enero-junio de 2009,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>.

El principio *pro persona* se basa en que los derechos inherentes a la persona, reconocidos por la conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado, esto es, de sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como frente a la red de interacciones institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos humanos.¹²⁷

El principio *pro homine*: posee dos vertientes:

— Preferencia interpretativa: si el intérprete puede obtener dos o más interpretaciones válidas y razonables, no puede optar por la que quiera, sino por la que más proteja al individuo (por ejemplo: *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro vita*)

— Preferencia normativa: si el intérprete puede aplicar dos o más normas al caso concreto, deberá preferir la que sea más favorable para la persona, independientemente de la jerarquía de las mismas.¹²⁸

En síntesis, no hemos apostado por la reafirmación del paradigma clásico de la supremacía constitucional, aun y cuando no exista el reenvío de la Constitución a los tratados, lo que me parece deberá ser solventado por la propia SCJN al hacer el ejercicio interpretativo de esta disposición.¹²⁹

Otro aspecto particular es el relativo al universo de tratados que constituyen el referente interpretativo de las normas sobre derechos humanos: "...tratados internacionales de la materia".¹³⁰

Haber acertado en un diseño semejante al del derecho comparado no implicaría, desde luego que la Constitución se supedite a la norma convencional, sino que se trata exactamente del reconocimiento de un sistema de interpretación a través de reenvíos de contenidos normativos mínimos a otros ordenamientos, en la medida en que se cumplan ciertas condiciones, como el principio *pro persona*. Los derechos humanos son un material normativo que va sedimentando en normas de contenido mínimo con posibilidad de ampliación. La interpretación conforme cumple con esta dimensión, que entraña la naturaleza de estas normas.¹³¹

El que la Constitución se interprete de conformidad con los tratados no lesiona la supremacía constitucional, sino que precisamente reconoce la conformación de un

127 Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, San José Costa Rica, 2004, p. 91.

128 Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco. "Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, interpretación constitucional y jurisdicción electoral*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, México, 2008, T. VI, p. 375.

129 Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, p. 116.

130 *Ibidem*.

131 Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, pp. 114-115.

“bloque de constitucionalidad” mediante derechos integrados. Es la identificación del contenido “constitucionalmente declarado” de los derechos humanos, como ha señalado el Tribunal Constitucional español. Por su parte, los tratados también establecen este sistema de reenvíos hacia normas más protectoras internas, como se aprecia, por ejemplo, en los criterios de interpretación del artículo 29 de la CADH o del artículo 53 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.¹³²

“La ‘interpretación conforme’ opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. El efecto que se logra es una ampliación en la protección de los derechos humanos”.¹³³

Así mismo, cabe señalar que entre los países de nuestra región que expresamente adoptan este canon interpretativo explícito en norma constitucional se encuentran Bolivia, Colombia, Perú, y, recientemente, México, con independencia de que varios tribunales y cortes latinoamericanas lo aplican en su jurisprudencia.¹³⁴

Estos países han seguido claramente el influjo de la *cláusula de interpretación conforme*, contenida en el artículo 10.2 de la Constitución democrática española de 1978, que a la letra dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Precepto que fue recogido por la Constitución de Portugal (1976) en su artículo 16.2: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos”.¹³⁵

Por último, cabe señalar, que la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) que prevé el artículo 1o. constitucional guarda una estrecha relación con el “control difuso de convencionalidad”, que recientemente ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia al cumplimentar (parcialmente) la sentencia del *caso Radilla*.¹³⁶ Esto es así, ya que para ejercer ese tipo de control por cualquier juez mexicano, debe, previamente, realizarse una interpretación conforme en términos del mandato constitucional, para realizar un “control” sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta donde no pueda realizarse ningún tipo de interpretación conforme posible, el “control” consistirá en dejar de aplicar la norma o declarar la invalidez de la misma, según la competencia de cada juez y el tipo de proceso de que se trate.¹³⁷

132 *Idem*, p. 115.

133 Saiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 15. Cit. por *Idem*, p. 112.

134 Ferrer-MacGregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 358.

135 Ferrer-MacGregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 358.

136 Véase “VIII. La recepción del ‘control difuso de convencionalidad’ en México”, especialmente el apartado “2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del caso Radilla y su discusión en la Suprema Corte”. En *Idem*, pp. 403-410.

137 *Idem*, pp. 367-368.

Conclusiones.

La constitucionalidad de los derechos humanos y sus garantías de estos en México, nos obligan a pensar y construir una manera diferente de ver y de interpretar al Estado y al derecho mexicano. Es decir, ahora es necesario dejar de hacer prácticas sociales y jurídicas regionales o nacionalista. El reto y desafío es, cómo integrarnos a los procesos de globalización, de transnacionalización, en donde estamos inmersos en un Estado supranacional. Consecuentemente, identificamos que algunos tratados y convenciones internacionales, han desarrollado valores y fines con mayor beneficio para la conservación y fortalecimiento de la dignidad humana, así pues, en las controversias judiciales en que estén de por medio el respeto, defensa y garantía de los derechos humanos, se ponderara las normas contenidas en los tratados y convenciones internacionales en primer lugar, y sin lugar a dudas, si las disposiciones constitucionales, presentan una omisión o limitante a los derechos humanos pasaran a segundo término.

Actualmente, resulta evidente el avance que el derecho internacional ha tenido en materia de derechos humanos, lo que ha provocado que el objeto de estudio de la interpretación constitucional se expanda, y no sólo esté al margen de lo previsto en el texto constitucional o de las leyes secundarias.¹³⁸

Por esa razón, la eficacia de un precepto de derecho interno, como podría ser un artículo constitucional, en mucho depende del enfoque internacional que sobre su contenido se vierta. Así, los tratados internacionales sobre derechos humanos juegan un papel referente y obligatorio para la correcta estimación y protección de un derecho fundamental o humano.¹³⁹

En términos concretos, la observancia de estos instrumentos internacionales, sobre todo en tratándose de proteger los derechos humanos, reviste una importancia significativa, pues es a partir de ellos que el operador jurídico deberá ajustar su labor interpretativa de los derechos y libertades fundamentales en aras de lograr, cuando menos, el mínimo de protección otorgado por la jurisdicción internacional.¹⁴⁰

Lo lamentable parece ocurrir en la actualidad, pues lejos de utilizarse el derecho comparado y los tratados internacionales como fuente de maximización y protección de los derechos fundamentales o humanos, el alto tribunal mexicano sigue apelando a la intención inmutable del legislador frente a casos donde se dilucidan límites infraconstitucionales a la libertad de expresión y religiosa, por mencionar algunos temas; por ello, no extraña que algunos de nuestros magistrados constitucionales mantengan cierta indiferencia respecto a las nuevas tendencias de interpretación constitucional, y en su lugar recomienden privilegiar aquellos mecanismos de interpretación jurídica que permitan conocer los motivos de la reforma constitucional, los dictámenes de las comisiones del Congreso, el propio debate en el Parlamento y la finalidad

138 Carpizo, Enrique, *op. cit.*, pp. 15-16.

139 *Idem*, p. 16.

140 *Supra. Idem*, p. 53.

del legislador; en pocas palabras, analizar la voluntad de los legisladores para entender un precepto constitucional.¹⁴¹

Por último, cabe señalar, que las reformas a la Constitución en materia de derechos humanos obligan a los jueces a tomar en consideración una nueva fuente formal, los tratados internacionales; a ejercer un control de la convencionalidad y a orientarse en su actuar por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Nuestra nueva dogmática constitucional esta por construirse. Los jueces mexicanos tendrán la enorme responsabilidad de lograr consolidar, en el ámbito de sus competencias, un Estado de Derecho garante y respetuoso de los Derechos Humanos.¹⁴²

Propuestas.

Habida cuenta a lo antes expresado, se propone la necesidad de hacer a un lado los elementos y métodos de interpretación formalistas anclados fundamentalmente en el método exegético jurídico, en cambio, urge que nos integremos a las estrategias que nos brinda la argumentación jurídica, para el efecto, de lograr interpretaciones jurídicas que nos permitan establecer vínculos más objetivos e imparciales, en beneficio de una justicia más transparente que permita conservar y fortalecer a los derechos humanos.

Además, proponemos que en las aulas de las facultades, escuelas e institutos que ofertan los estudios de Derecho, se deje de aplicar la docencia tradicional, ya que, ésta obstaculiza la generación del conocimiento profundo y genuino de la ciencia jurídica, y por ende, los métodos tradicionales de la enseñanza del Derecho entorpecen el desarrollo eficaz y eficiente del nuevo Sistema Penal Acusatorio vía los Juicios Orales, toda vez que, no se generan abogados o estudiosos de la ciencia jurídica dinámicos y creativos que permitan hacer realidad también la aplicación de los Medios Alternativos para la Solución de Controversias como es el caso de la mediación, la conciliación y el arbitraje, tal y como lo establece, actualmente, el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consecuentemente, proponemos que la procuración e impartición de la justicia en México y allende fronteras, gire en torno al respeto y observancia de los derechos fundamentales que fortalecen la dignidad humana y que se encuentran formalmente consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados y Convenciones Internacionales que México ha firmado.

141 Tesis P.XXVIII/98. Cit. por Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 59.

142 Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 17.

Bibliografía

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos. 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2004.
- Caballero Ochoa, José Luis. La Clausula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona (artículo 1o. segundo párrafo, de la constitución), en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.). La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- Carpizo, Enrique. Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos. 1ª ed. 2011, 1ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2011.
- Carpizo, Jorge. Moral pública y libertad de expresión. Ed. Jus, México, 2009.
- Castilla, Karlos. El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia. en Revista Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 20, 2011. Fuente de información: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>.
- Cámara de Diputados. Reformas a la Constitución: Reformas Constitucionales por Orden Cronológico. Fuente de consulta: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm. Fecha de consulta: 18 de octubre de 2012.
- Cárdenas Gracia, Jaime. La argumentación como derecho. IJ-UNAM, México, 2005.
- Concha Cantú, Hugo Alejandro y José Antonio Caballero Juárez. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México. Ed. Instituto de Investigaciones de Jurídicas de la UNAM, México, 2001.
- El principio pro persona, en la Revista Boletín Género y Justicia, Número 32, Febrero de 2012. En el Marco del Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fuente de consulta: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=1407.
- Ferrer-MacGregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.). La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- Gorjón Gómez, Francisco Javier. La Implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias conforme a la Reforma Procesal Constitucional en México, Reporte de Diagnóstico 2010, en Sánchez García, Arnulfo (coord.). Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia. Ed. Dikynson, Universidad Autónoma de Nuevo León y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
- Henderson, Humberto. "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine". Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 39, San José Costa Rica, 2004.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. Breves Reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario, en García Ramírez, Sergio y de González Mariscal, Olga Islas (coords.). La Reforma Constitucional en Materia Penal. Jornadas de Justicia Penal. Ed. IJUNAM e INACIPE, México, 2009.
- Plascencia Villanueva, Raúl. Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su Trascendencia en la Administración de Justicia, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.). Balance y Perspectivas del Seguimiento de la Reforma Constitucional Penal del 18 de junio de 2008 y su aplicación en el Estado de Puebla. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídico Políticas, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México, 2012.
- Pozzolo, Susana. "Un constitucionalismo ambiguo". (Trad. de Miguel Carbonell), en Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Ed. Trotta-IJUNAM, Madrid, 2003.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en lo que se reconocen Derechos Humanos): Fuente de información: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>. Fecha de consulta: 18 de octubre de 2012.
- Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco. Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, interpretación constitucional y jurisdicción electoral. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, México, 2008, t. VI,
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.). La Reforma

Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón, 5a. ed., Ed. Trotta, Madrid, 2003.

Zagrebelsky, Gustavo. "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.). Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. 2a. ed., Ed. Porrúa-UNAM, México, 2002.

“La eficacia entre particulares como mecanismo jurídico de protección de los derechos humanos”

Ana María González Varela¹⁴³

Sumario: 1. Introducción, 2. Origen de la Acción de Amparo, 3. Evolución de la Acción de Amparo en Panamá, 4. Concepto de Amparo, 5. Características del amparo, 6. Cuando procede el recurso de amparo, 7. Concepto de Derechos Humanos y derechos fundamentales, 8. La acción de amparo en las normas internacionales de derechos humanos, 9- Antecedentes de la Eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones de particulares, 10. Los Efectos Horizontales de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento constitucional panameño. 11. Control de Convencionalidad, 12. Reflexiones Finales, 13. Bibliografía.

Introducción

Bajo la concepción del Ideario liberal de derecho se pensó que las garantías fundamentales contenidas en la normas constitucionales sólo se podían aplicar en las relaciones entre el Estado y los particulares; y por tanto, que sólo se podían interponer recursos para el reconocimiento y restauración de las de las garantías fundamentales que el Estado violara a los particulares. Sin embargo este concepto tradicional de Estado colapso en el Siglo XX, dando paso a un Estado menos intervencionista, que dejaba en manos de los particulares, algunas funciones de naturaleza pública.

Este concepto del Estado menos intrusivo en la vida de los ciudadanos, se caracterizó por las llamadas privatizaciones como una forma de hacer más efectiva la prestación de ciertos servicios y garantizar el desarrollo. Esto trajo como consecuencia una participación más activa de particulares y el fortalecimiento de entes privados prestadores de servicios públicos, grupos económicos, consorcios y organismos no gubernamentales con verdadero poder socio material, capaces de vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, de las que se ven desprotegidos los ciudadanos, al no contar con mecanismos procesales eficaces que le amparen de tales violaciones.

Los sujetos privados también representan, hoy en día, una amenaza a los derechos fundamentales del individuo; lo que ha obligado al Derecho Constitucional a

143Magister en Derecho Procesal de la Universidad Latina de Panamá, Postgrado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos de la Universidad Nacional de Panamá, Estudios Especializados en Criminología de la Universidad de Panamá, Diplomado en Derecho Penal Acusatorio de la Universidad Latina de Panamá, Diplomado en Derecho Penal Electoral de la Universidad Nacional de Panamá, Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de las Universidad Latina de Panamá, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Ex funcionaria de la Fiscalía General Electoral de Panamá, Abogada.

evolucionar, reconociendo la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares; creándose así la figura de la acción de amparo de garantías constitucionales en contra de actos de particulares para tutelar los derechos fundamentales de los individuos, en una forma rápida y eficaz; impugnando aquellos actos de los sujetos particulares que violen estos derechos humanos y garantías fundamentales. Esta figura es una evolución del Amparo original que conocíamos; y ya existe la eficacia contra particulares en países como Alemania, España, Japón, Chile, Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia, Argentina, Venezuela, Costa Rica, Paraguay, Uruguay, Brasil, entre otros, los cuales han comprendido que no solo el Estado puede cometer violaciones, sino que los particulares que brindan servicios públicos, y otros servicios privados también pueden violentar los derechos fundamentales de los individuos. El Mandado de Seguridad Brasileño (que algunos autores lo han traducido al castellano como mandamiento de amparo) y la acción de tutela Colombiana, están regulados constitucionalmente e incluyen la eficacia horizontal en contra de corporaciones internacionales o multinacionales que pudieran constituir una amenaza contra los derechos humanos.¹⁴⁴

En Panamá, la Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares o acción de amparo en contra de actos de particulares, no se encuentra regulada por una disposición legislativa, o constitucional expresa, sin embargo advertimos que las posibilidades de admitir este recurso se encuentra abierta a través de la jurisprudencia y la inclusión de las convenciones y tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido incluidos dentro del bloque constitucional los cuales adoptan una universalización del amparo.

Origen de la Acción de Amparo

Existe concordancia de la doctrina acerca de que el proceso de amparo tiene sus orígenes en la legislación mexicana. La historia de esta figura inicia en 1840, cuando el congreso de Yucatán conoce un proyecto de constitución, redactado por el profesor Manuel Crescencio García Rejón, que incluyó por vez primera un medio de control constitucional denominado amparo. La Constitución se aprobó en 1841 y en su artículo 8 se establecía que: *“Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionario que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados”* En el artículo 62 también se atribuía competencia similar a la Corte Suprema de Justicia, para los casos en que el funcionario fuera el Gobernador.¹⁴⁵

144 FIX- ZAMUDIO, Héctor, Ensayo sobre el derecho de Amparo, Segunda Edición, UNAM, Editorial Porrúa, AV. República de Argentina, 15, México, 1999, Pág. IX.

145 FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Pról. de Andrés Garrido del Toral, presentación de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, México, Colegio de Secretarios de la Corte de Justicia de la Nación, Fundap, 2004, pág. 125.

En la reforma introducida a la Constitución Federal Mexicana de 1847, se logra introducir en el artículo 25 a los tribunales de la Federación la facultad de proteger a los habitantes en el ejercicio de los derechos individuales, por los ataques provenientes del Poder Legislativo y Ejecutivo. Esto se reitera en la Constitución Federal de 1857, el cual se ha perpetuado hasta nuestros días y ha ejercido importante influencia en los países de América y Europa.¹⁴⁶

Evolución de la Acción de Amparo en la República de Panamá:

Aparece por primera vez inserta en la normativa constitucional, en la Constitución de 1941, se encontraba en el artículo 189. Esta acción originalmente no fue propuesta contra sentencias, sin embargo la Corte considero que podía ser viable contra algunas resoluciones judiciales. Con la Constitución de 1946, la figura manejaba el término de funcionario público, para referirse a quien emitía la orden de hacer o no hacer que lesionara derechos fundamentales. En la constitución de 1972, cambia el término funcionario público, por servidor público, término que ha perdurado hasta la última reforma de 2004, y se mantiene vigente en la actualidad.¹⁴⁷ Por tanto la figura que originalmente no estaba dirigida contra sentencias o resoluciones en la actualidad si lo está. Vía jurisprudencia con el fallo 21 de agosto de 2008¹⁴⁸ se ha dado un paso importante en la ampliación de la protección de esta figura, al reconocer que el amparo de garantías se puede interponer contra actos.

Concepto de amparo:

Esta Acción está destinada a suspender, provisionalmente o definitivamente, un acto que pudiera causar daños graves e irreparables. Esta Acción está encaminada a que la persona afectada por la violación o inminente violación de derechos constitucio-

146 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, pról. de GARCIA BELAUNDE, Domingo, México, Porrúa- Comisión nacional de los Derechos Humanos, 2004, pág. 80.

147 CHEN STANZIOLA, María Cristina, *La protección Procesal de los Derechos humanos en Panamá*, Universal Books, Panamá, 2011, pág. 119-120.

148 Sentencia de 21 de agosto de 2008, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, dentro de la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales presentada por el Licenciado Guillermo Quintero Castañeda en representación de Roxana Alejandra Cárcamo Ortega (Donde la Corte reafirma la inclusión de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá, dentro del Bloque de Constitucionalidad y reconoce que el amparo de garantías se puede presentar contra actos, lo que amplía la cobertura de protección del mismo, porque antes se contemplaba solo en contra de órdenes de hacer o no hacer que un servidor público emitiera). En esta sentencia se hace un análisis del artículo 54 de la Constitución de Panamá, y reconoce la imperiosa necesidad de que se interprete de manera sistemática el artículo 54 de la Constitución de Patria (que regula el amparo de garantías Constitucionales) con los artículos 4 y 17 de la propia carta magna y los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que permitirá la apertura de amparos contra cualquier "Acto" Acciones u omisiones de algún particular o servidor público que violen Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución, La Ley y la convención americana de los Derechos Humanos.

nales pueda acudir inclusive preventivamente, a hacer valer tales derechos ante el órgano jurisdiccional.

El amparo es un proceso que es utilizado para resolver los conflictos entre las autoridades públicas y las personas cuando existe una conculcación de los derechos fundamentales.

En cuanto al tema de la legitimación para interponer una Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, es importante traer a colación lo mencionado por la Corte suprema de justicia panameña, que al respecto ha indicado lo siguiente:

*"...Que en las acciones de Amparo de Garantías, la legitimación no la ostenta cualquier persona, como ocurre en las acciones populares, sino que sólo está habilitado para promover la acción de Amparo, quien se encuentre directamente lesionado en sus derechos fundamentales..."*¹⁴⁹

Al respecto podemos señalar que el concepto tradicional de amparo está esquematizado para garantizarle al individuo la protección a sus derechos fundamentales cuando la violación o lesión de estos derechos provienen de algún acto u violación de derechos fundamentales de las autoridades públicas. Pero ya en muchas legislaciones el concepto de amparo ha tomado nuevos matices, en el sentido de que ahora también se protege al individuo de los abusos y arbitrariedades de los sujetos o entes particulares que soslayan o lesionan los derechos constitucionales de otro particular.

Es por eso que me permito afirmar que el amparo: Es un instrumento jurídico de carácter procesal que presenta un procedimiento acelerado y preferente, que tutela la protección inmediata de los derechos humanos, cuando estos han sido lesionados, vulnerados o violados por las autoridades públicas o por particulares.

La acción de Amparo debe caracterizarse por ser un proceso:

- Sencillo
- De fácil acceso
- Sumario
- Informal

Cuando procede el recurso de amparo:

No hay plazo para interponer una Acción de Amparo, a partir de la actuación u omisión que genere la violación de derechos, puede interponerse en cualquier momento mientras se mantenga la violación, amenaza, perturbación o restricción de derechos.

¹⁴⁹ (Sentencia de 3 de junio de 2003, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá).

Concepto de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales:

Los derechos humanos son aquellos que todo ser humano, por el hecho de ser persona, puede exigir de las demás personas y de las comunidades e instituciones formadas por ella, incluyendo el Estado. No son algo que el Estado le otorga a las personas como un favor, todo lo contrario. Son algo que el Estado le tiene que reconocer a cada persona o grupos de personas y hacer que todos los demás miembros de la comunidad se lo reconozcan.¹⁵⁰

Para el jurista y autor Rubén Hernández Valle, “Los Derechos Humanos son un conjunto de ideales sobre los cuales se sustentan los más nobles deseos de la humanidad; como es la justicia, la solidaridad, la equidad, el respeto a la vida y la participación en sociedad, entre otros. Son el conjunto de valores éticos que componen la dignidad humana propia de los hombres y las mujeres desde que nacen, sin distingo de religión, raza, edad, sexo, condición social, pensamiento, entre otros”.¹⁵¹

En este punto es pertinente señalar que existe una diferencia entre el concepto de Derechos fundamentales y el de derechos humanos. El razonamiento de distinción se basa en el grado de concreción positiva de ambas categorías. En efecto, una distinción de ambos conceptos se puede dar en los siguientes términos: “Por Derechos humanos se entiende el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, la libertad, y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Los Derechos Humanos son aquellos que están reconocidos en Instrumentos Internacionales, como protocolos, convenios y tratados Internacionales. En tanto, con la noción de Derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, es decir, aquellos derechos reconocidos en el Derecho Interno de cada país, en la mayor parte de los casos en la normativa constitucional”.¹⁵²

En este sentido, hoy por hoy, se considera que los derechos fundamentales tienen un doble carácter, según lo explica, el tribunal Constitucional Español en su sentencia Número 25 del 14 de julio de 1981, Recurso de Inconstitucionalidad. “En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más

150 VILLEGAS, Fabio. Derechos y Deberes Humanos. Editorial San Pablo, Colombia, 1995, Pág 19.

151 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La tutela de los derechos fundamentales. Primera Edición. San José: Editorial Juricentro, 1990.

152 ISAZA, Henry Eyner. Los Derechos Humanos y su Protección en Panamá, Universal Books, Panamá, 2012.

tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.¹⁵³

La Acción de Amparo en las normas internacionales de Derechos Humanos ratificadas por Panamá:

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente a partir de la segunda guerra mundial, trae aparejado la expansión internacional del amparo como mecanismo de garantía al plasmarse en diferentes instrumentos internacionales.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁵⁴, se estableció en el Artículo XVIII, que: *“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”*

Las Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre¹⁵⁵, dispuso en el artículo 8 que: *“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”*.

El término ley fue adicionado en virtud de existir países sin constituciones escritas, reconociendo con ello que también los derechos fundamentales tienen regulación”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁶ es más explícita al indicar en el artículo 25 de la protección judicial que:

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

153 Sentencia Número 25 del 14 de julio de 1981, Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad.

154 En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Artículo XVIII, Derecho de Justicia.

155 Declaración Universal de Derechos del Hombre.

156 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B329, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
- b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Antecedentes de la Eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones de particulares:

Puede decirse que la eficacia de los derechos fundamentales, en las relaciones de particulares tuvo su origen en la legislación alemana en donde se le denomina “Drittwirkung Der Grundrechte”¹⁵⁷ o, si se prefiere, *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*,¹⁵⁸ la cual tiene su antecedente en el mundialmente conocido Caso Lüth-Urteil de 1950-1951, jurisprudencia que sentó el entonces recién instaurado Tribunal Constitucional Alemán.

En la Doctrina puede encontrarse a este enunciado teórico bajo distintas denominaciones así es fácil leerlo como: Eficacia horizontal de los derechos , Madrid, 1990; ALFARO fundamentales, Validez de los derechos fundamentales en el derecho privado, o Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas; no obstante todas tienen su origen en el fallo Lüth-Urteil, aunque hoy ese precedente jurisprudencial haya sido mutado a nuevas tesis que procuran la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.¹⁵⁹

Según la doctrina “Drittwirkung Der Grundrechte”¹⁶⁰ en una controversia entre particulares en donde se aplica e interpreta Derecho Civil, el juez al resolver el liti-

157 La tesis de la Drittwirkung fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY: Grundrechte und Privatrecht, Monaco, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, vid. RAISER: Il compito del Diritto Privato, trad. it. de M. Graziadei, Milano, 1990; HESSE: Derecho Constitucional y Derecho Privado, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995 y VON MÜNCH: “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 30 y ss. y bibliografía que allí se recoge.

158 QUADRA SALCEDO: El recurso de amparo y los derechos fundamentales, Madrid, 1981; GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, 1986; CRUZ VILLALÓN: “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, en Academia Sevillana del Notariado, 1988, págs. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR: Derechos fundamentales y libertad negocial, AGUILA-REAL: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en ADC, 1993, págs. 57-122; ALEXY: Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

159 BARRIOS, Boris, “El amparo contra actos de particulares o la eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares”. Panamá, Editorial Universal Books, 2012, pág. 13.

160 DE VEGA: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1994, págs. 41-56 y “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La

gio civil debe tomar muy en cuenta el llamado efecto de irradiación que tiene los derechos fundamentales sobre las normas de orden de Derecho Civil. Es decir que el llamado efecto de irradiación establece que ninguna norma de carácter civil puede desconocer los derechos fundamentales, puesto que las normas civiles están subordinadas a estas normas fundamentales. Según la argumentación elaborada por el mencionado Tribunal Constitucional Alemán en el caso Lüth, “los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores que irradia todo el ordenamiento jurídico, esto es que alcanza a las distintas actividades de derecho, así a lo civil, administrativo, comercial, legislativo y hasta lo jurisprudencial. Es por ello que ese orden objetivo de valores, necesariamente, tiene que ser atendido por el órgano judicial al momento de la solución de los conflictos que llegan a su conocimiento y de no hacerlo se produciría una vulneración iusfundamental, atribuible al aplicador del derecho”.¹⁶¹

El avance doctrinal más importante es el de la legislación Alemana, fue elaborada por Nipperdey, quien era presidente del Tribunal Laboral Alemán que sostuvo que así como hay derechos que se invocan frente al Estado, también los hay frente a particulares.¹⁶²

Este criterio de Nipperdey, sobre la eficacia de los derechos frente a terceros fue ampliamente criticado en Alemania, ya que la ley fundamental de Bonn, sólo admitía la protección de los derechos fundamentales, frente a violaciones de los poderes estatales, pero este argumento tiene mucha validez en vista de que existen derechos como: el derecho de no extradición o confiscación de bienes, que sólo son oponibles frente al Estado y hay otros derechos como la libertad sindical, igualdad de rendimiento y trabajo que son oponibles contra particulares solo por poner un ejemplo..

Gunter Dürig y Nipperdey, son los autores de las tesis más extendidas sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: la eficacia mediata o indirecta y la eficacia directa o indirecta.

problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo, coord. Por Aguiar de Luque, 2005, págs. 801-822; LÓPEZ Y LÓPEZ: “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *Quaderni Fiorentini*, 1996, págs. 434 y ss.; BILBAO UBILLOS: La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid, 1997, y “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, 2006, págs. 147-198 y “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. por Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo), Vol. 1, 2006, págs. 819-842; SALVADOR CODERCH (coord.): “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 55 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE: “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones inter privados (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)”, en *Aranzadi Civil*, 1997, II, págs. 69 y ss. y *El error en el matrimonio*, Bolonia, 1997, págs. 257 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

161 ESTRADA, Alexei Julio. “Los Tribunales Constitucionales y La Eficacia entre Particulares de los Derechos Fundamentales: Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, México, Editorial Trota /UNAM, 2007, Pág. 125.

162 MURGAS TORRAZA, Rafael. *Legitimidad en el Amparo*, Vicerrectoría de investigación y post-grado, Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional, Panamá, 1997, p. 235.

Mientras que para Dürig, los principios y las cláusulas generales del derecho deben servir como puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado – teoría de la eficacia indirecta-, corresponde en principio a la ley establecer la manera en que debían regir las libertades constitucionales en el marco del derecho privado, y sólo excepcionalmente en algunos casos, ante la existencia de vacíos normativos puede el intérprete colmar las lagunas existentes en el ordenamiento mediante el recurso directo a los derechos fundamentales.¹⁶³ Para Nipperdey los derechos fundamentales consagrados Constitución, eran directamente aplicables en las relaciones entre particulares sin necesidad de mediación alguna –tesis de la eficacia inmediata-¹⁶⁴

En Argentina, encontramos el primer antecedente doctrinal de una acción de amparo admitida contra un particular, en Latinoamérica: En el caso Kot en 1958, en el que se señaló, entre otras cosas que: *“el recurso de amparo lo que busca es proteger los derechos constitucionales del individuo agredido y que, por lo tanto, no importa quién es el presunto violador o infractor de estos derechos si un particular o la autoridad pública”*. Esta posición es aceptable a nuestra consideración, ya que la finalidad de la Acción de amparo es impugnar o anular los efectos de cualquier acto que viole los derechos constitucionales, asegurando al individuo ofendido el inmediato restablecimiento de sus derechos fundamentales.

En principio, los derechos constitucionales que pueden generar un problema de efecto horizontal en el ordenamiento constitucional panameño pueden ser los siguientes:

1. Libertad de tránsito, 2. Honor y buena reputación, 3. Inviolabilidad de domicilio, 4. Libertad de religión, 5. Intimidad, 6. Libertad de información, 7. Libertad de expresión, 8. Derecho de rectificación, 9. Libertad artística, 10. Libertad científica, 11. Igualdad, 12. Libertad de educación, 13. Libertad de trabajo, 14. Libertad de contratación, 15. Asociación, 16. Libertad sindical, 17. Propiedad, 18. Medio ambiente equilibrado y adecuado.¹⁶⁵

163, GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Dürig, MÜNCHEN, Beck 1958-1986, pág. 64. ESTRADA, Alexei Julio, Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, S.A., Ferraz, Madrid, 2007, Pág.130.

164 H. Nipperdey, “Freie Entfaltung der persönlichket” en Die Grundrechte IV (2º medio tomo), Duncker & Humboldt, Berlin, 1962, p.743. Citado por Alexei Julio Estrada, Ob. Cit, p.130.

165 MENDOZA Escalante, Mijail, “Los efectos horizontales de los derechos fundamentales”, revista *Pensamiento constitucional*, N.º 10, Perú, 2004, Pág. 10.

Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional panameño:

La Constitución Política de la República de Panamá, establece la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales en el Capítulo I, Título III, Artículo 54, en su versión última luego de las reformas constitucionales del año 2004, y nos dice lo siguiente:

“Toda persona contra la cual se expida o ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales”.

En la República de Panamá, el recurso de Amparo tiene el propósito de obtener la revocación de una orden de hacer o no hacer, expedido por cualquier funcionario que viole los derechos y las garantías que la Constitución consagra, más no contempla la revocación expresa de actos emitidos por particulares que sean violatorios a las garantías fundamentales, debido a que no está reconocido literalmente en la normativa constitucional, ni en una norma secundaria (Ley).

En este punto cabe resaltar que cuando la violación a los derechos fundamentales ha sido causada por una autoridad pública, es evidente que tanto la Constitución Política, como los tratados internacionales establecen garantías de protección de dicho derecho como lo son las instituciones de Hábeas Corpus y del Amparo de Garantías fundamentales en el orden interno y a nivel internacional, en el caso de las denuncias internacionales; pero hasta allí no hay problema. La dicotomía empieza cuando la conculcación de los Derechos Fundamentales no proviene del Estado, sino de los particulares, es allí cuando se le señala al afectado que debe tutelar sus derechos fundamentales, a través de la justicia ordinaria para demandar que se repare el daño y se restaure el derecho violado que le causo el ente privado o particular, esta situación por lo general termina creando daños de difícil reparación.

Al respecto queremos colegir que los derechos de difícil reparo son aquellos en que la parte afectada por la violación de sus derechos fundamentales demanda ante un tribunal; ya sea por vía civil y/o penal, para que se le tutelen sus derechos y cuando el tribunal logra finalmente fallar, es demasiado tarde porque el derecho ha permanecido vulnerado o infringido por tanto tiempo, que es inútil su ejercicio, debido a que el daño causado es irreparable o es irreversible su reparo.

Otra posibilidad de tutelar los derechos fundamentales cuando el que soslaya es un particular, a parte de la Acción de Amparo la brinda la ley 7 de 6 de febrero de 1997, por la cual se crea la defensoría del pueblo; ya que el artículo 4, numeral 4 y 8

de esta ley le da atribuciones y facultades a esta institución para “investigar, denunciar, hechos, actos u omisiones de las empresas públicas, mixta o privadas, personas naturales o jurídicas, que desarrollen un servicio público por concesión o autorización administrativa” que violen derechos fundamentales, pero lamentablemente la Defensoría del Pueblo carece de un adecuado marco legal que le permita imponer fuertes sanciones a estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuando violan los derechos establecidos en el Título III de la Constitución Panameña.

Naturaleza jurídica:

No resulta fácil determinar la naturaleza jurídica del amparo. Para la doctrina Española es una “institución” que tiene su ámbito dentro de las normas de derecho político o constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por autoridad. Para la doctrina mexicana se trata de un “juicio de amparo”, que procede no solamente contra toda ley, acto o resolución que viole un derecho individual y contra actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía del Estado¹⁶⁶.

Nos parece importante la definición de naturaleza jurídica del amparo que brinda Eduardo Pallares quien dice que “Es un proceso, jurisdiccional, porque siempre supone la existencia de un litigio y la necesidad de que mediante un acto jurisdiccional se le ponga fin”¹⁶⁷ Fix Zamudio¹⁶⁸ y Jorge Carpizo¹⁶⁹, también han hecho acotaciones sin embargo ambos coinciden en que es un sistema de constante aplicación y resultados efectivos que permiten la defensa de la Constitución, cuya finalidad es mantener presente la democracia.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá en pleno se pronunció sobre la naturaleza jurídica del amparo en el fallo 24 de diciembre de 2002, manifestando en aquella ocasión:

“La acción de amparo de garantías constitucionales tiene por objeto reparar la transgresión de garantías y derechos constitucionales ocasionadas a los asociados por parte de funcionarios con mando y jurisdicción y que, por la gravedad e inminencia del daño, se requiere su

166 CHEN Stanziola, María Cristina, Ob. Cit, p. 119, 120

167PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo, Editorial Porrúa S.A, México, 1967, Pág. 101.

168 Sobre el particular es preciso revisar FIX Zamudio, Héctor. El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 22-23,1975, pág.426. Al respecto este autor agrega: “ El amparo es un proceso... de carácter constitucional, que representa un sistema de constante aplicación y resultados efectivos, toda vez que significa un método de equilibrio tanto entre gobernantes y gobernados... que permite a los particulares... la defensa de la Constitución”. Citado por CHEN Stanziola, María Cristina, Ob. Cit, p. 123.

169 Véase Carpizo, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UMAN, 1979, pág. 272. Este autor define la Amparo como “Una institución de índole procesal cuya finalidad estriba en hacer realidad los viejos y siempre nuevos conceptos de libertad, dignidad y justicia”.

*reparación inmediata. La orden emitida por el funcionario público deberá estar revestida de características tales como: contener una violación de garantías individuales estatuidas en la Constitución; que la orden sea de hacer o no hacer; su revocación debe ser inmediata por la gravedad e inminencia del daño; debe ser proferida por un funcionario público con mando y jurisdicción y deben agotarse todos los medios y trámites previstos en el ordenamiento positivo para su impugnación”.*¹⁷⁰

Competencia de la Acción de Amparo:

La competencia referente a las dos garantías de jurisdicción constitucional subjetiva no es centralizada, como sí ocurre con la competencia para conocer las garantías pertenecientes a la denominada jurisdicción objetiva. Por tanto, son competentes para conocer de acciones de amparo y de habeas corpus diferentes tribunales judiciales, según la jerarquía de la autoridad que emita la orden atacada. En otras palabras el control en lo concerniente al amparo es descentralizado o difuso.¹⁷¹

El Artículo 54 de la Constitución de la República de Panamá, es una norma desarrollada en el artículo 2615 del Libro IV del Código Judicial que trata los procesos constitucionales y el cual expresa lo siguiente:

Artículo 2615: “Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

La acción de Amparo de Garantías Constitucionales a que se refiere este artículo, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

Esta acción de Amparo de Garantías Constitucionales puede ejercerse contra actos que vulneren o lesionen los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o no hacer, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata.

170Sentencia de Amparo de 24 de diciembre de 2002, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

171 ARAUZ, Heriberto, Panorama de la justicia constitucional panameña, Panamá, Editorial Universal Books, 2003, p. 113- 114.

La acción de amparo de garantías constitucionales podrá interponerse contra resoluciones judiciales, con sujeción a las siguientes reglas:

1. La interposición de la demanda de amparo no suspenderá la tramitación del proceso en que se dictó la resolución judicial impugnada o su ejecución, salvo que el tribunal a quien se dirija la demanda considere indispensable suspender la tramitación o la ejecución para evitar que el demandante sufra perjuicios graves, evidentes y de difícil reparación;
2. Sólo procederá la acción de amparo cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate;
3. En atención a lo dispuesto en los artículos 137 y 204 de la Constitución Política, no se admitirá la demanda en un proceso de amparo contra las decisiones jurisdiccionales expedidas por el Tribunal Electoral, la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus Salas”.

En esa misma regulación procesal, en el libro IV, título III, del Código Judicial en los artículos de 2616 al 2632, regula el procedimiento en materia de amparo. El Artículo 2616 del Código Judicial, delimita la competencia para conocer de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales:

Según el artículo 2616 del Código Judicial son competentes para conocer de la demanda de amparo:

- a. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias;
- b. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, cuando se trate de actos que procedan de servidores públicos con mando y jurisdicción en una provincia; y
- c. Los Jueces de Circuito, cuando se tratara de servidores públicos con mando y jurisdicción en un distrito o parte de él.

El conocimiento de estos negocios será de la competencia de los tribunales que conozcan de los asuntos civiles.

Del Artículo 54 de la constitución de Panamá, precitado, deviene la tradición del constitucionalismo liberal panameño de entender el amparo desde la concepción subjetiva

va, esto es como derecho de defensa contra violaciones de los poderes públicos; es la razón por la que el texto original de la Constitución de 1972, en este citado artículo 54, sólo previó la posibilidad de accionar en amparo contra ordenes de hacer o no hacer que dictaran funcionarios públicos.

Ha sido, también, este artículo 54, constitucional el centro de profundos debates en torno a la protección y tutela de las libertades públicas en Panamá; y no pocas veces el fundamento para la negación de la efectiva protección de esas libertades, pretextando la limitación sólo a órdenes de hacer o no hacer provenientes de los funcionarios públicos; también atribuible al poco interés que históricamente ha tenido el poder legislativo de legislar sobre la efectiva tutela de los derechos fundamentales, lo cual a criterio del jurista Boris Barrios, encuentra su explicación en el histórico sometimiento que ha tenido el Poder Ejecutivo panameño, y su excesivo presidencialismo, sobre el Poder Legislativo; y es que entendido, en sentido lógico, que legislar para la apertura de la protección de los derechos fundamentales contra los actos de los poderes públicos incide, directamente, como limitante contra el abuso del poder público.¹⁷²

En el año 2004 se produce en la República de Panamá la más reciente reforma a la constitución de 1972, y se adiciona el artículo 17, quedando de la siguiente manera:

Artículo 17. De la Constitución Nacional:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. (Lo subrayado es nuestro).

En sus inicios el artículo 17 C.N. nace como una “norma programática”, continuando con la dogmática constitucional liberal, que imperaba para 1972 año en que se introduce este contenido a la constitución; por ser precisamente una “norma programática”, significaba esto que mediante ella no podía hacerse valer ninguna garantía ni derecho subjetivo ni argumentativo de manera objetiva ninguna violación directa. Con la adición del último inciso del artículo 17, esto es que “ los derechos y garantías que consagra esta constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana”, se introduce un enunciado netamente neoconstitucional a nuestra Constitución panameña de corte liberal; y lo que antes era una “norma programática” pasa a ser una

172 BARRIOS, Boris, El Amparo contra actos de particulares. Ob cit. p. 46- 47.

norma vinculante de los poderes públicos a la protección de derechos fundamentales.¹⁷³

Es aquí con la transformación que se produce con la incorporación del párrafo segundo de este artículo 17 C.N., a consecuencia de la reforma constitucional del 2004, que cobra vida el mandato del imperativo de inciso primero, a la luz de la concepción del constitucionalismo contemporáneo del “deber de protección” del Estado que como aclara Boris Barrios, siempre existió en el contenido del artículo 17 C. N., pero que por efectos de ideologías políticas y sumisiones del Poder Judicial al Poder Ejecutivo no se le reconocía la calidad de “norma objetiva de valoración” o el carácter de “norma vinculante” esto es que vincule a los poderes públicos y particulares al deber de protección de los derechos fundamentales, no solo en la dimensión subjetiva como derechos de defensa frente a violaciones del Estado sino, también, en la dimensión subjetiva como derechos de defensa frente a violaciones del Estado sino, también, en la dimensión objetiva de valoración para la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Resulta entonces que si la Constitución Política, luego de las reformas constitucionales del 2004, por virtud de los artículos 17 y 54 de la C.N. se adscribe a la tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales; reconociéndoles, por una parte, en virtud del artículo 54, la dimensión tradicional subjetiva, esto es como derecho de protección y defensa frente a los poderes públicos de Estado; pero, también, en virtud del artículo 17 la dimensión objetiva con contenido y alcance que superan y exceden a la tradicional concepción de derechos subjetivos, esto es entonces, ahora, como “norma vinculante” para el deber de protección o “norma objetiva de valoración”, mediante la cual se reconoce la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y que conlleva a entender que se produce la irradiación de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordenamiento jurídico; ello implica la tutela de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordenamiento jurídico; no solo por violaciones de los poderes públicos sino, también por violaciones de actos de particulares.¹⁷⁴

“Es entonces, que si por reforma constitucional, Panamá asimila la doble dimensión de los derechos fundamentales; ello implica que reconoce, en consecuencia, el deber de protección de los derechos fundamentales contra violaciones que se originan en las relaciones entre particulares”.¹⁷⁵

Esta corriente progresiva de protección de los derechos fundamentales ya está empezando a reconocerse en nuestro país, ello se evidencia con el fallo de 21 de agosto de 2008. (*Donde la máxima corporación de justicia panameña reafirma la inclusión a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá, dentro del Bloque de Constitucionalidad y reconoce que el amparo de garantías se puede presentar contra actos, lo que amplía la cobertura de*

173 BARRIOS, Boris, El Amparo contra actos de particulares. Ob cit. p. 48- 49.

174 BARRIOS, Boris, El Amparo contra actos de particulares. Ob cit. p. 50.

175 BARRIOS, Boris, El Amparo contra actos de particulares. Ob cit. p. 49- 50.

protección del mismo, porque antes se contemplaba solo en contra de órdenes de hacer o no hacer que un servidor público emitiera).

Pero a pesar de ello La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, no ha concedido ningún amparo contra particulares.

Estamos de acuerdo con lo señalado por el Dr. Heriberto Araúz,¹⁷⁶ quien señala que La admisibilidad del amparo contra particulares parte de dos premisas básicas:

“1. No sólo es Estado a través de sus funcionarios puede violentar los derechos fundamentales de las personas, también pueden hacerlo los particulares. 2. De qué sirve que el Estado proteja a los individuos de eventuales afectaciones de sus derechos fundamentales por parte de sus funcionarios, si permite o tolera impunemente que los particulares lo hagan. En otras palabras, cómo hablar de defensa del Estado de Derecho, de un Estado Constitucional de Derecho, si la vida del Hombre en sociedad es afectada o amenazada por actos de particulares sin que aquél haga algo”.¹⁷⁷

Compartimos su opinión ya que estamos de acuerdo en que la Defensa de los derechos de los individuos es en doble vía: frente a actuaciones u omisiones de servidores públicos y frente a actuaciones u omisiones de particulares. En la actualidad, las violaciones de los derechos fundamentales no sólo provienen del Estado, sino también de los sujetos privados. Estos sujetos privados (formados por grandes consorcios o empresas transnacionales que prestan servicios públicos básicos como educación, salud, agua, luz, combustible, transporte, teléfono, entre otros), han tomado vigencia como consecuencia de la aplicación de las nuevas corrientes económicas del neoliberalismo y debido a la globalización; (son capaces debido a su poder económico de vulnerar derechos fundamentales).

Existe jurisprudencia panameña en donde sí se concedió un amparo contra particulares. Esto se dio el caso del Colegio Saint George vs Olga Valderrama, (Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, de fecha 3 de julio de 1997)¹⁷⁸ el cual procedió en primera instancia, pero en segunda instancia fue negado, a pesar de ello el mismo sentó un precedente importante; ya que algunos abogados y juristas del foro nacional coincidieron en la necesidad de que en nuestra legislación se admita el amparo contra actos de particulares.

176 Catedrático de Derecho Procesal Constitucional y Actual Magistrado Electoral de la República de Panamá.

177 ARAÚZ, Heriberto, “La Acción de Amparo contra Actos de Particulares”, II Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, Memoria, Pág. 613.

178 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, de fecha 3 de julio de 1997.

“En este caso el dueño de un Colegio Particular, le suspende la matrícula a dos estudiantes, porque en una reunión de padres de familia discutió con su acudiente. Este caso fue debatido profundamente el rol del director y dueño del plantel educativo, debido a que no se le consideraba servidor público, más la actividad que desarrollaba descansaba sobre el Derecho Fundamenta de Educación, por lo que se replanteado la figura del servidor o funcionario público”.

Control de Convencionalidad:

El control de convencionalidad es: “un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados-aplicables-, con el objeto de aplicar la convención u otros tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana”¹⁷⁹

Destacamos que las sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser acatada por el ámbito interno por los tres poderes del Estado.¹⁸⁰

El 5 de agosto de 1978, ratifico Panamá la Convención americana de los Derechos Humanos o pacto de San José, Costa Rica, y el 5 de septiembre de 1990, acepto la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, razón por la cual debe cumplir con las obligaciones de los Estados parte de este Tratado de derechos Humanos. Las obligaciones de los Estados partes con la convención, es el principio, el de respetar y garantizar los derechos que se reconocen en la convención a toda persona que se encuentre en su jurisdicción.

El artículo 1, numeral 1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos,¹⁸¹ establecen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para adecuarla al Control de Convencionalidad:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. *Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio*

179 REY Cantor, Ernesto. Control de la convencionalidad de las leyes y los derechos Humanos. Homenaje a Hector Fix-Zamudio. Biblioteca Porrua de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrua, Mexico, 2008, Pág. 7.

180 HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, 2012, T. II, V. 1, págs.. 277 a 281. Ídem HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* Control de constitucionalidad y convencionalidad, Revista La Ley 2008-E, pág.1169.

181 Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 1, numeral 1 y 2.

a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El Artículo 4 de la Constitución Política de Panamá, establece que: “La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional”, a razón por la cual, nuestro país está obligado a acatar, respetar y cumplir los Tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos de los que Panamá es Estado parte, como lo son: Convención Americana de los derechos humanos o pacto de San José, Costa Rica de 1969, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Protocolo adicional a la convención y sancionar la tortura. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, protocolo de San Salvador, Protocolo a la convención americana de derechos humanos relativos a la abolición de la pena de muerte, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “ Convención de Belem do Pará” y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Conclusión:

La constitución panameña sigue la corriente del Estado Liberal de Derecho, la cual cree necesario una protección de los derechos fundamentales ante el poder abusivo y arbitrario de las autoridades públicas, situación que nos parece correcta hasta cierto punto, porque a diario el Estado continúa abusando de su poder y vulnera los derechos humanos de los asociados. En pero, obvia algo importante y es que en nuestra sociedad, los particulares también pueden lesionar estos derechos fundamentales a otros asociados y contra ello no existe reparo rápido y eficaz para restituir el derecho violado. Es inquietante que en la actualidad el Estado Panameño, no cuente con un mecanismo constitucional como lo es el amparo contra actos de particulares, a pesar de que la mayoría de sus servicios públicos se encuentran concesionados y privatizados.

Todos los servicios públicos (*servicios sociales como: salud, educación, transporte y servicios públicos domiciliarios como el agua, la energía eléctrica, internet, el teléfono residencial o celular entre otros servicios públicos*) cumplen una función social importante, que el ciudadano tenga una vida digna. Cuando un particular que ofrece

un servicio público a la colectividad, soslaya o quebranta derechos a los particulares estos usuarios o estos sujetos privados no puede repeler el daño que se le va a ocasionar, utilizando la vía ordinaria es decir demandando o querellando ante los tribunales, ya que de hacerlo, para cuando salga la sentencia en su favor ya la parte demandada, le abrían violado más derechos al demandante, que los que siquiera hubiese expuesto en su libelo de demanda.

Para coadyuvar esta situación países como Alemania, España, Italia, Japón, Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Colombia, Bolivia, El Salvador, Ecuador, Costa Rica, entre otros; han reconocido el Amparo contra actos de particulares, porque brinda una protección inmediata, que permite restaurar con rapidez y eficacia el derecho.

El Recurso de amparo de garantías tiene como principal función la protección de los derechos fundamentales, por tanto no es relevante quién es el sujeto violador de los derechos fundamentales, si es un funcionario público o un particular, en realidad no tiene sentido que la Constitución Panameña consagre en el Capítulo I, Título III, las Garantías y Derechos fundamentales, sino existe la garantía de una adecuada e inmediata protección, cuando el sujeto violador es un ente privado. La adopción en el ordenamiento jurídico panameño, del Recurso de Amparo de Garantías Constitucionales contra actos de los particulares, es una necesidad apremiante, porque le daría a la ciudadanía la garantía de contar con un medio de defensa idóneo para proteger de forma inmediata los derechos de terceros.

Sí analizamos la normativa panameña existente acerca de amparo de garantías constitucionales, a la luz del derecho comparado y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por este país; y lo comparamos con otros países vecinos. Se evidenciaría que la normativa jurídica panameña, viola por omisión la protección de los derechos humanos de sus asociados al no reconocerle un mecanismo de protección, eficaz contra violaciones de derechos que sean cometidos por particulares en contra de otros particulares.

Por ultimo consideramos que si se hiciera una interpretación sistemática, de los artículos 17 y 54 de la Constitución de Panamá, del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, y del Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se podría conceder un Amparo para garantizar la protección integral del individuo y su dignidad humana, aunque las violaciones provengan de particulares.

Bibliográficas:

ALEXY: Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAUZ, Heriberto, Panorama de la justicia constitucional panameña, Panamá, Editorial Universal Books, 2003.

BARRIOS, Boris, "El amparo contra actos de particulares o la eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares". Panamá, Editorial Universal Books, 2012.

BILBAO UBILLOS: La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid, 1997, y "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares", en Teoría y realidad constitucional, 2006, y "Prohibición de dis-

- criminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, en Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (coord. por Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo), Vol. 1, 2006.
- CARPISO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UMAN, 1979.
- CHEN STANZIOLA, María Cristina, La protección Procesal de los Derechos humanos en Panamá, Universal Books, Panamá, 2011.
- CRUZ VILLALÓN. “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, en Academia Sevillana del Notariado, 1988.
- ESTRADA, Alexei Julio. “Los Tribunales Constitucionales y La Eficacia entre Particulares de los Derechos Fundamentales: Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”; en Teoría del Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”, en Teoría del Neoconstitucionalismo, México, Editorial Trota /UNAM, 2007.
- FIX- Zamudio, Héctor. El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 22-23,1975.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Pról. de GARRIDO DEL TORAL, Andrés, presentación de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, México, Colegio de Secretarios de la Corte de Justicia de la Nación, Fundap, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, pról. de GARCIA BELAUNDE, Domingo, México, Porrua- Comisión nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- DE VEGA, Pedro. “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1994, y “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte”, en Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo, coord. Por Aguiar de Luque, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE. “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones inter privados (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)”, en Aranzadi Civil, 1997, II, págs. 69 y ss. y El error en el matrimonio, Bolonia, 1997.
- GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, 1986.
- GRUNDGESETZ KOMMENTAR, Dürig, MÜNCHEN, Beck 1958-1986, pág. 64. ESTRADA, Alexei Julio, Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, S.A., Ferraz, Madrid, 2007.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La tutela de los derechos fundamentales. Primera Edición. San José: Editorial Juricentro, 1990.
- HESSE: Derecho Constitucional y Derecho Privado, traducción e introducción de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995.
- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, 2012, T. II, V. 1, págs. 277 a 281. Ídem HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, Revista La Ley 2008-E, pág.1169
- ISAZA, Henry Eyner. Los Derechos Humanos y su Protección en Panamá, Universal Books, Panamá, 2012.
- LÓPEZ AGUILAR: Derechos fundamentales y libertad negocial, AGUILA-REAL: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en ADC, 1993.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en Quaderni Fiorentini, 1996.
- MENDOZA Escalante, Mijail, “Los efectos horizontales de los derechos fundamentales”, revista Pensamiento constitucional, N.º 10, Perú, 2004.
- MURGAS TORRAZA, Rafael. Legitimidad en el Amparo, Vicerrectoría de investigación y post-grado, Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional, Panamá, 1997.
- NARANJO DE LA CRUZ: Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- NIPPERDEY, H “Freie Entfaltung der Persönlichkeit” en Die Grundrechte IV (2º medio tomo), Duncker & Humbolt, Berlin, 1962.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo, Editorial Porrúa S.A, México, 1967.
- QUADRA SALCEDO: El recurso de amparo y los derechos fundamentales, Madrid, 1981.
- RAISER: “Il compito del Diritto Privato”, traducción de M. Graziadei, Milano, 1990;
- REY Cantor, Ernesto. Control de la convencionalidad de las leyes y los derechos Humanos. Homenaje a Hector Fix-Zamudio. Biblioteca Porrua de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrua, Mexico, 2008.
- SALVADOR CODERCH (coord.): “Asociaciones, democracia y Drittwirkung”, en Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada (Salvador, coord.), Madrid, 1997.
- VILLEGAS, Fabio. Derechos y Deberes Humanos. Editorial San Pablo, Colombia, 1995, Pág 19.
- VON MÜNCH: “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, (Salvador, coord.), Madrid, 1997.

Resoluciones judiciales:

Sentencia de 3 de junio de 2003, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Sentencia de 21 de agosto de 2008, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Sentencia de Amparo de 24 de diciembre de 2002, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Sentencia Número 25 del 14 de julio de 1981, Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad.

Tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos consultados:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Artículo XVIII, Derecho de Justicia.

Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada interamericana sobre Derechos Humanos, B329, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Referencias electronicas:

www.un.org/es/documents/udhr/

www.derechoshumanos.net

www.acnur.org

www.unicef.org

Los derechos humanos y su incomprensión global, especial referencia a la vida

Rogelio Barba Álvarez¹⁸²

Sumario: 1. Introdutoria 2. Vulnerabilidad de los derechos humanos en los países subdesarrollados. 3. La no efectividad de los derechos humanos en los países de democracia consolidada. 4. Los derechos humanos y la tutela de la vida (consideración a la legislación mexicana). 5. Consideraciones sobre el reconocimiento de los derechos humanos en la constitución. 6. Reflexión sobre el desinterés de la protección de los derechos humanos 7. Conclusiones.

Introdutoria

En los países totalitarios, dictatoriales y autoritarios, que en la actualidad todavía constituyen la mayoría, la ineffectividad del disfrute de los derechos humanos es imputable, sobre todo, a los poderes públicos, los “sujetos peligrosos” primarios¹⁸³.

Y esto porque que en tales estados, las proclamaciones formales de los derechos humanos y la ratificación de las cartas internacionales, que por lo general no faltan, son concebidas en términos de utilitarismo público-colectivo: en función de la “verdad de Estado”¹⁸⁴. Y las persecuciones del ejercicio de tales derechos, divergentes de tales verdades, es decir la “criminalidad de estado”, están “institucionalizadas”. Y como reflejo, por decirlo así, de la ley criminológica por la que “la suma de la criminalidad de estado y de la criminalidad privada es igual a una constante” en los estados mencionados la menos criminalidad privada resulta compensada por la “criminalidad de estado”, puesto que la primera decrece con el aumento de todos los controles opresivos estatales y se recupera con la re-expansión de las libertades individuales.

182 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor investigador de la Universidad de Guadalajara, Miembro de la Secretaría Técnica de la Presidencia del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Coordinador Editorial de la revista Letras Jurídicas del Centro Universitario de la Ciénega UdeG, miembro del SNI nivel 2. rokame00@hotmail.com

183 El quinto informe anual de Derechos Humanos de Irán (RSI) señala que **al menos 580 personas fueron ejecutadas en Irán en 2012. 294 casos (51%) fueron reportadas por las fuentes oficiales iraníes. 286 casos que se incluyen en las cifras anuales fueron reportados por fuentes no oficiales. Sólo 85 de los cerca de 325 ejecuciones secretas en la prisión Vakilabad en 2012 se incluyen en este informe. Al menos el 76% de las ejecuciones que se incluyen en este informe se llevaron a cabo por delitos de drogas. 60 llevaron a cabo ejecuciones en 2012 en público. 46% de todas las ejecuciones públicas se llevaron a cabo en la provincia de Fars (sur de Irán).** • Un tercio (20) de las personas que fueron ejecutadas en público, fueron condenados por delitos de drogas. Al menos 27 ciudadanos afganos y unos ciudadanos paquistaníes fueron ejecutados en 2012, Al menos nueve mujeres fueron ejecutados en 2012.

184 A modo de ejemplo tenemos la estructura del código penal federal y tantos más en la legislación penal mexicana, donde la técnica legislativa pondera en el libro segundo la jerarquización de bienes jurídicos, a partir de la idea fascista, empezando con los delitos contra el orden constitucional, contraria a una idea vanguardista de derecho en el que se debe ponderar el bien jurídico más importante en un estado democrático de derecho como es la vida.

Por tanto, en estos modelos de estado la reivindicación de la efectividad de los derechos humanos va dirigida sobre todo a los poderes públicos. Y el antídoto está constituido por el cambio a la “democracia”, la que, aún con todos los evidentes defectos y límites, representa hoy por hoy lo mejor (o lo menos peor) que la humanidad ha logrado concebir en cuanto al gobierno de la sociedad.

Vulnerabilidad de los derechos humanos en los países subdesarrollados.

De todo el sur de la tierra, donde el hambre dura lo que la vida, la ineffectividad de los derechos humanos es imputable, sobre todo, a las condiciones económico-sociales de la pobreza (frecuentemente unida también a regímenes dictatoriales), y a la mio-pía de los países del bienestar y del consumismo ilimitado, en los que nada se ha convertido en más “necesario” que lo superfluo. Y la perseguida máxima “felicidad propia” utilitariamente concebida bien poco deja para la concreta solidaridad humana, más allá de la recurrente e hipócrita “retórica solidarista”. Crimen contra la humanidad este, tan inconmensurablemente grande y colectivo que escapa a toda relevancia jurídica, dada la limitación de los modestos instrumentos del derecho; y cuya desaparición exige una inversión de las políticas y, antes aun, de las filosofías y de los modelos de vida, todo ello hoy muy improbable. Humanidad y justicia, sabiduría y anchura de miras exigirían que nosotros hubiésemos contribuido a hacer que vivieran mejor los pobres de la tierra en su casa.

Pero no habiéndolo hecho, debido al efecto-calamidad y por una especie de né-mesis, nos los encontramos en nuestra casa gracias a una imparable emigración; con los altísimos costes humanos, las marginaciones y los genocidios culturales y espirituales para los emigrantes; y con la mezcla total de los pueblos, los “refuerzos demográficos” ante el descenso de la natalidad y el envejecimiento europeo, y las perspectivas de tan globales sacudidas para nosotros, de las que todavía son imprevisibles las implicaciones futuras y respecto de las que se medirá nuestra capacidad social y humana.

Pero también en los estados de derecho y en los del bienestar la efectividad de los derechos humanos no está exenta de grandes atentados y peligros, por más que se puedan imputar a causas propias e intrínsecas de tales modelos de estado.

La no efectividad de los derechos humanos en los países de democracia consolidada.

En estos estados, como son los Estados occidentales, las agresiones a los derechos humanos provienen, en general, no de los poderes públicos, puesto que estos están sometidos a sistemas de límites y de control, incluso supranacionales (como ocurre para los Estados de la Unión Europea) que hacen más difícil los abusos. Los ataques provienen más bien de sujetos privados, a través de la cada vez más frecuente e inva-

siva criminalidad, individual y organizada, contra la que debería reactivarse un sistema eficaz de controles culturales-sociales y contra la que debería igualmente dirigirse la actividad de control de los poderes públicos, legislativo, ejecutivo y judicial.

Muy al contrario, esta realidad criminal y las llamadas de alarma, lanzadas desde hace alguna década por las organizaciones internacionales más cualificadas sobre la expansión de la criminalidad y sobre la necesidad de perfeccionamiento de los sistemas de control social y de la colaboración internacional, todavía no han encontrado sin embargo una correspondiente toma de conciencia general ni a nivel cultural-social, ni a nivel jurídico. Todo lo anterior lo atestigua el actual constitucionalismo dado que está todavía fuertemente ligada al estereotipo del estado como primario "sujeto peligroso" para los derechos y las libertades humanas y, por tanto, aun a concepción del Derecho Penal como "límite a la libertad", en lugar de como "instrumento de tutela de los derechos del hombre".

Con la consiguiente afirmación de un galantismo penal unilateral, de los derechos del reo más que de los derechos de la víctima, olvidándose de este modo que "valor humano" no tiene solo el reo si no también y no menos la víctima. Y con la fractura del delicado punto del equilibrio entre libertad individual y defensa del grupo, que una coherente política-criminal debería perseguir siempre. Y como confirman como igualmente las Cartas sobre los derechos del hombre que según los esquemas del constitucionalismo clásico configuran sobre todo límites a la potestad coercitiva de los Estados. Como igualmente la reciente Carta Europea que, aun con las actualizaciones impuestas por los nuevos derechos emergentes (dignidad humana, autodeterminación en el campo biomédico, tutela de los datos personales, etc.), está construida más en términos de "garantía" del ciudadano europeo hacia los poderes públicos que de objetivo, ni tan siquiera declarado, de los poderes públicos hacia una tutela de los ciudadanos europeos contra la criminalidad y hacia una eficaz política criminal de neutralización.

Los derechos humanos y la tutela de la vida (consideración a la legislación mexicana)

La tutela de la persona humana cuenta con el reconocimiento universal, postula por lo tanto, el derecho a la vida, que en nuestro ordenamiento constitucional de base personalista reconoce al individuo como alfa y omega de todos los derechos, y sobre el cual, la norma penal protege ampliamente y del que nos referiremos en el presente trabajo.

El derecho a la vida encuentra solemne proclamación en el artículo primero de la Constitución General de la República, al reconocer los derechos humanos, en su reciente aprobación por el Congreso de la Unión y promulgada por el Ejecutivo Federal, constituye una espléndida conquista de nuestra esforzada sociedad civil, la cual so-

lamente pudo ser obtenida después de una extensa y prodigiosa movilización social, frente a un Estado tradicionalmente monolítico y esencialmente autoritario¹⁸⁵.

Luego de esta gran reforma, nuestro país se encuentra en los primeros planos en materia de defensa y promoción de los Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas y no pocos Estados del orbe saludan con entusiasmo que México se haya atrevido a catalogar su nombre entre las naciones con aspiraciones realmente civilizadas.

Antecedentes de la reforma

El día 11 de junio de 2011 entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos, surgiendo con esto una relación nueva entre el ámbito del Derecho y las facultades que poseen los poderes del Estado mexicano y las tres instancias de gobierno, que tienen la obligación de conocer, velar y cumplir dichas disposiciones legales. El texto Constitucional artículo primero se presenta de la siguiente manera:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

185 Zamora Jiménez A., Reforma Constitucional en materia de derechos humanos y el nuevo orden jurídico en México, Publicación de la Cámara de Diputados septiembre de 2011.

Por consiguiente las resoluciones internacionales signadas por México formarán parte del andamiaje constitucional en protección de la vida, como; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona), Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 6. Fracc. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente). Convención Americana sobre derechos humanos¹⁸⁶ (art. 4 derecho a la vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente)

Estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, de conformidad con el principio *Pacta sunt servanda*¹⁸⁷, que es uno de los fundamentos esenciales del Derecho Internacional, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone:

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

En este orden de cosas, a partir de la entrada en vigor de la referida reforma constitucional, todas las autoridades y poderes del Estado están obligados al respeto y cumplimiento de cualquier compromiso jurídico que México haya firmado en el contexto internacional, no sólo aquellos en materia de Derechos Humanos, sino todos los que formen parte de instrumentos en que México reconoce cualquier otro tipo de derechos que correspondan a personas físicas y jurídicas.

Esto es así en virtud de que se reconoce en el texto argumentativo el principio *Pro homine* (a favor de las personas); es decir, las garantías y Derechos Humanos consignados en la Constitución y en Tratados Internacionales deben interpretarse siempre de la manera que más favorezca a la persona.

186 Firmada y ratificada el 22 de noviembre de 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de mayo de 1981.

187 Locución latina que se traduce como "lo pactado obliga". Derecho internacional privado, *Diccionario jurídico temático*. Volumen 5. Péreznieta Castro, Leonel. Ed. Oxford, México 2002, p. 123. *Pacta sunt servanda*. Los pactos o acuerdos deben ser respetados, el hecho de que dos Estados pacten un tratado no le permite a uno de ellos incumplirlo con el pretexto de que es soberano. A partir de la Primera Guerra Mundial, este principio lo acogió el Derecho Internacional e incluso lo retomaron múltiples tratados internacionales.

Consideraciones sobre el reconocimiento de los derechos humanos en la constitución.

Por todo esto, la razón del derecho a la vida se encuentra en una posición esencialmente preponderante en la legislación mexicana, y como tal su centralidad se encuentra llena de significados a la luz de esta reciente reforma, que nos conduce a las siguientes reflexiones:

a) Nuestro ordenamiento jurídico ha de basarse en la idea vanguardista sobre el reconocimiento personalístico y solidario¹⁸⁸, el cual se encuentra expreso en su esencia a partir del artículo primero Constitucional fracción segunda:

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Es decir el epicentro de protección jurídica será la persona humana, en su universalidad psico-física y en su dimensión social-individual, reconociendo los derechos inviolables favoreciendo el desarrollo, mediante del andamiaje jurídico del estado democrático de derecho, *considerando 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*¹⁸⁹, removiendo los obstáculos de orden económico y social a los particulares y de las obligaciones inderogables de solidaridad política, económica y social.

b) El reconocimiento y la tutela del derecho a la vida son el presupuesto y el soporte de la manifestación y del desarrollo de la personalidad humana, en cuanto tutela el ejercicio de todos los derechos humanos sean individuales y sociales, la efectividad misma de los derechos de libertad, están sujetos a las libres concurrencias mismas de los sujetos vivos.

c) La jerarquización entre bienes jurídicos, constituido de derechos fundamentales de la persona humana y bienes medio; constituido de bienes de la libertad, educación, medio ambiente el patrimonio, seguridad personal etc. no encuentran coincidencia con la sistematización en nuestra legislación penal.

188 Esta propuesta proviene por el gran humanista Ferrando Mantovani, quien por más de treinta años ha dedicado en edificar la idea del principio personalístico en el derecho penal, vid. Tutela della vita e della persona umana (articoli 2,31 e 32 cost.) estratto da Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, a cura de Giuliano Vassalli, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p.186 y ss.

189 Reconocido en al artículo tercero fracción segunda inciso a) de la Constitución mexicana.

El Código Penal Federal, tiene sus antecedentes en el denominado Código Rocco de origen italiano, a casi ochenta años de su expedición, se encuentra totalmente deformado por las innumerables reformas por las que ha pasado durante su vigencia, su estructura se divide en Libro primero y Libro segundo, el primer libro contiene un título preliminar, la disciplina general del delito y de la pena, mientras que el segundo está dedicado a los delitos en particular, contiene 403 artículos, los tres últimos dedicado a los transitorios, esta estructura se encuentra intacta, a partir del Decreto del 14 de febrero de 1931, por el que fue creado. A la vez, las reformas que ha sufrido se han orientado más bien, a un sistema de corte autoritario, por el endurecimiento de las penas y la sensible merma a las garantías individuales, como las reformas acaecidas a finales de los años 90's. y las recientes constitucionales¹⁹⁰.

Ahora bien, la legislación penal complementaria – con treinta y dos códigos penales y de procedimientos penales, 32 constituciones, leyes especiales y más de mil reglamentos de policía y buen gobierno-, ha provocado un desbordamiento jurídico hipertrofiando el sistema penal, el péndulo de la justicia es sustancialmente notorio, cargado hacia el lado más opuesto de la doctrina iluminista, es decir, de leyes sencillas pocas y claras, a un sistema caótico, represivo y borroso, de un código penal de las libertades y las garantías a un código penal de la emergencia, de la opresión y del privilegio.

Esta polarización orientada a un sistema nebuloso, incomprensible y contradictorio, amerita la pregunta sobre cuál es el rol y el significado constitucional hoy en día y que papel deberá jugar en el futuro, dejando atrás su atormentada historia, acogiendo la cultura de nuestro país y las modernidades que revisten el presente milenio, mismas que exigen la actualización de las herramientas jurídicas para hacer frente a las necesidades de protección.

d) que el derecho a la vida, así reconocido en los tratados internacionales está implícito en nuestra constitución, para garantizar este interés a un derecho inviolable e imperecedero, por excelencia, se deberá prohibir el *ius necandi*¹⁹¹ de los poderes públicos, aún para aquellas conductas más atroces, que conmocionan a la generalidad social.

190 Por ejemplo se constitucionaliza el arraigo, mediante la reforma del Decreto publicado en el DOF 18 de junio de 2008.

191 El derecho que se tiene de matar.

Reflexión sobre el desinterés de la protección de los derechos humanos.¹⁹²

Nuestras modernas sociedades están desintegrando los frenos culturales del crimen mediante la sustitución de los “sistemas de valores anticrimen” por “contra-sistemas de desvalor criminógeno”. Y ello con el empuje y la sugestión de una “miscelánea criminógena” de ideologías, pseudo culturas, subculturas y prácticas, que podemos ejemplificar y esquematizar del siguiente modo:

1. Las ideologías y los pragmatismos materialistas con la consiguiente crisis de aquella ética del amor universal, de la dignidad y de la igualdad de los seres humanos, del respeto al otro, de la solidaridad, evidente patrimonio de las “auténticas religiones” y que ha constituido siempre desde el punto de vista criminológico (prescindiendo del problema de la existencia de Dios) uno de los sistemas culturales primarios de control del comportamiento antisocial;
2. La subcultura de la violencia que se ha apoderado no solo de las palabras y de los actos, si no de los medios, de la cinematografía incluso infantil, publicidad, música, colores luces psicodélicas: todo cada vez más agresivo y violento;
3. El ideologismo obsesivo: con su supremacía sobre todas las otras ciencias y experiencias humanas y la producción, entre otras cosas, de los evidentes “delirios terroristas” por intoxicación ideológica;
4. La cultura conflictualista y del enemigo, extinguida como ideología bajo los trozos del muro de Berlín, pero que sobrevive como “método”: del “ todos contra todos” (comenzando por el campo político) ;¹⁹³
5. La cultura bio-sociodeterminista, la que aprisionando al hombre entre constitución y ambiente, y responsabiliza al delincuente, víctima siempre de la propia estructura biopsíquica o del sistema social inicuo y persecutorio, y que ignora la potente fuerza responsabilizadora y motivante de la llamada pedagógica al sentido de la propia libertad y responsabilidad;
6. La subcultura permisivista-transgresora, la que, concibiendo la libertad no como autocontrol según la razón la razón, si no como la máxima expansión de las pulsiones, considera toda regla de conducta un paternalismo-autoritarismo y ele-

192 El Profesor Mantovani F., en el siguiente artículo La Proclamación de los derechos humanos y la ineffectividad de los derechos humanos ¿enseñamiento contra la vida o cultura de la vida?, CPC, num. 89, Madrid, 2006, señala algunas consideraciones sobre la ineffectividad de los derechos humanos, y algunas cuestiones criminológicas para poder entender de manera integral el fenómeno de la criminalidad contra la vida.

193 Sobre esta posición vid, Gomes L., F., porque estamos indignados? Das barbriens dos poderes a esperança de civilização justiça social e democracia digital Sp, 2013, pp. 11 y ss. En el mismo sentido; Zaffaroni, R., A palabra dos mortos conferencias de criminología cautelar, Sp.2012, p. 371.

va al individuo a legislador de su propio actuar, y al propio sentir y a la propia voluntad, a suprema lex;

7. La cultura utilitarista, que compendia todas las ideologías, y que, sustituyendo los conceptos de “bien” “mal” por el concepto de “útil”, no solo tiende a identificarlo “nuevo” con lo “bueno”, lo “científicamente posible” con lo “licito” si no que legitima, históricamente lo ha hecho, las instrumentalizaciones del ser humano para finalidades extra personales;

8. Y, por último, pero no en último lugar, el neocapitalismo consumista, el que, prisionero ya de sí mismo, no satisface, si no que crea las necesidades para su misma supervivencia; ha hecho enfermar a occidente, sembrando el culto de la riqueza y del consumo, del más occidental de los males: la depresión; y ha generado – con la hiperestimulación sin límites de las “metas” inagotables del bienestar, éxito y poder – junto a un marginal “criminalidad de la necesidad” una soberbia “criminalidad del bienestar”, que ha arrastrado incluso a las capas sociales privilegiadas (criminalidad de cuello blanco, corrupción de los poderes públicos, criminalidad organizada).

Conclusión:

El problema de la efectividad de los derechos humanos plantea, por ello, como prioritario el “derecho de la libertad del crimen”. Y plantea hoy una alternativa de fondo entre: 1) bien el renacimiento del control cultural-social del crimen mediante la sustitución del actual sistema de desvalores criminógenos y del creciente rechazo a todo valor normativo por un contrasistema de valores anticrimen, centrado sobre la cultura de los derechos-medio deberes humanos, puesto que la cultura clásica solo de derechos ha degenerado, por un efecto de un exasperado individualismo utilitarista-egoísta, en una caricatura de los “propios derechos”, tendencialmente ilimitados, sin incluir los “derechos ajenos”; 2) o bien un aumento y un recrudecimiento de la criminalidad, irremediable a largo plazo si no se da la antedicha inversión cultural, por más que resulte improbable a breve y medio plazo.

Se ve cumplida así la inmisericorde sentencia de que “cada sociedad tiene la criminalidad que se merece y que la sigue como la propia sombra”¹⁹⁴ e igualmente determinadas afirmaciones que acaban siendo “constantes criminológicas” que no pueden ser desoídas: 1) que existe una relación de proporción inversa entre conductas antisociales y sistemas de control (religiosos, morales, familiares, académicos, asociativos, democráticos, jurídicos y penales), entendiendo que tal y como disminuyen estos sistemas normativos crecen el número de aquellos que favorecen el delito; 2) que entre control cultural social y control penal existente una relación de subsidia-

194 Mantovani Ferrando, op. Cit. p. 55.

riedad, dado que el control primario y más eficaz de la conducta antisocial en la firme e inequívoca desaprobación moral-social de la misma y la represión queda para el ámbito residual de la ineficacia de los controles culturales-sociales; 3) que, incluso hoy, el verdadero drama del Derecho penal es su “crisis de soledad” ,¹⁹⁵ dado que venido a menos el prioritario freno socio-cultural del crimen el Derecho penal, queda como freno único, revelando su adecuación para contrarrestar el renacimiento e inmersión de los impulsos criminógenos.

Y es así que de derecho de la extrema ratio se ha convertido en la única ratio; 4) que existe una relación dialéctica entre la forma de orientar las condiciones generales de nuestras sociedades hacia el orden o el desorden, la estabilización o la desestabilización social, y el destino del Derecho penal hacia su reducción y humanización o hacia su aumento y recrudecimiento, dado que tal final constituye un acontecimiento no autónomo, si no irremediamente condicionado por tal evolución; 5) que entre ritmo de la criminalidad y garantismo existe una relación de proporción inversa dado que todo aumento y recrudecimiento de la criminalidad y la consiguiente demanda de defensa social produce un equivalente disminución de las garantías. Junto a ello, se produce el aumento degenerativo de los fenómenos de autodefensa (seguridad privada, cuadrillas ciudadanas de vigilancia, casas blindadas, alarmas generalizadas en domicilios y coches, etc.) y a los excesos de la legítima defensa, de la autojusticia y de los delitos reactivos (linchamientos, venganzas) .¹⁹⁶

195 Garcia Andrade .A, la soledad del hombre Madrid, 1989, p. 37.

196 Mantovani F., il problema de la criminalita, It., Milano, 1984, p. 387.

Presunción de inocencia como derecho fundamental

Luzmila Jaramillo Fuentes¹⁹⁷

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes, 3. Derecho a la presunción de inocencia en México y Panamá, 4. Concepto, 5. Derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento al individuo, 6. Presunción de inocencia como regla probatoria, 7. Presunción de Inocencia como regla de juicio, 8. Jurisprudencia con relación al Derecho de Presunción de inocencia en México, 9. Fallo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs, Perú sentencia de 18 de agosto de 2000, 10. Presunción de inocencia y la Medida Cautelar de detención preventiva, 11. Conclusiones; 10. Bibliografía.

Introducción

El presente estudio pretende abordar de forma breve, como se concibe la presunción de inocencia, en México y Panamá, teniendo presente las normas constitucionales y las normas relacionadas de carácter internacional. De igual modo se toma en consideración la jurisprudencia emanada de los tribunales así como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Se resalta que la presunción de inocencia tiene diferentes estadios, el tratamiento del individuo acusado, el tratamiento con respecto de las pruebas, así como también en cuanto a la regla de juicio. Se dedica un apartado a la disyuntiva entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva. Para luego esbozar algunas conclusiones.

Antecedentes

Las diferentes formas de gobierno que han existido; llámese monarquía, feudalismo, entre otros desconocieron la presunción de inocencia, las persecuciones, de todo tipo políticas, para alcanzar el poder; la dominación de territorios por parte de ejércitos, que iban sembrando el pánico y la desolación en el Medievo con la finalidad de acrecentar los reinos, así como otros fenómenos, desconocían la posibilidad de que los individuos, como seres humanos tenían derechos; por lo tanto resultaba permisible cualquier forma de opresión, atentándose de forma abierta contra la dignidad huma-

197 Magister en Derecho Privado por la Universidad de Panamá; Posgrado en Docencia Superior por la Universidad Interamericana; diplomado en Mediación por UDELAS, Diplomado en Gestión Bancaria y sus operaciones en la prevención del delito financiero, diplomado prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en la banca, un enfoque basado en riesgo por Escuela Judicial. Actualmente Juez de Circuito Penal.

luzmilajaramillo@yahoo.com

na, el derecho a la propiedad, la cual ni siquiera era contemplada, así por demás decirlo la presunción de inocencia. Una vez que los individuos dejaron de ser vasallos, nace el ciudadano.

Son varios los antecedentes que dan origen al nacimiento de la presunción de inocencia, autores reconocidos como Voltaire, Hobbes, Montesquieu, el Marqués de Beccaria, entre otros, mostraron posiciones a favor, luego con la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789 en su artículo noveno, se advierte *“Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.”*¹⁹⁸

Debemos recordar los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, motivaron la declaración, en el hecho de considerar que la ignorancia, así como el olvido y el desprecio de los derechos del hombre eran las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, decidiendo entonces exponer, la declaración solemne de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que estos fueran un recuerdo permanente para los gobernantes.

Como otros instrumentos jurídicos de relevancia, podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948, la Convención Americana de los Derechos Humanos el cual en el artículo 8.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia al señalar *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”*,¹⁹⁹ en principio todos los signatarios de tal instrumento deben garantizar a los ciudadanos sean nacionales o extranjeros este derecho. De más reciente reconocimiento *“Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en Las Américas 2008”*

La presunción de inocencia luego de estar consagrada en la Constitución deja de ser principio para convertirse en un derecho fundamental de todo individuo, por lo cual debe garantizarse por parte de todos los organismos del Estado, que tengan una relación directa o indirecta con la persona que está siendo investigada.

Al señalarse que la presunción de inocencia es un derecho fundamental, no podemos dejar de mencionar que conceptualizar los derechos humanos o derechos fundamentales, no es tarea fácil, ya que pertenecen a tres normativas diferentes pero entrelazadas: ámbito moral, jurídico y político,²⁰⁰ con lo cual el escenario que se despliega es una tridimensionalidad, cuya garantía y protección inician en el poder legislativo, al momento de la positivación y luego la interpretación y aplicación por parte del poder Judicial cobra mayor relevancia.

198 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

199 Convención Americana de los Derechos Humanos.

200 Aguilera Portales, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México Pag.33

El derecho a la presunción de inocencia en México y Panamá

En la República de Panamá el constituyente consagra en el artículo 22 de la Constitución Política de Panamá la presunción de inocencia al señalar *“Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes.*

*Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.”*²⁰¹

Del texto constitucional se desprende una dualidad en cuanto a la naturaleza de la presunción de inocencia, la cual no sólo es una garantía procesal sino también un derecho fundamental.

En los Estados Unidos Mexicanos, por mucho tiempo constitucionalmente no se reconocía de forma taxativa, el derecho a la presunción de inocencia, así como tampoco se recogía en las normas de procedimiento penal, ni de derecho penal, sino que se reconocía en virtud de tratados internacionales suscritos por México, señala Alberto Herrera, que el único antecedente se localizó fue el artículo 30 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado el 22 de octubre de 1814, por el Supremo Congreso Mexicano en Apatzingán:²⁰² *“Todo Ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable.”*

Luego entonces no es hasta la reforma Constitucional Federal de 19 de junio de 2008, que se reforma el artículo 20 de la Constitución Federal el cual inciso B, fracción I, texto reformado, donde se reconoce el derecho a la presunción de inocencia de manera formal.

Concepto

La frase, presunción de inocencia, en materia de procedimiento penal, no es más que reconocer a un individuo que está siendo procesado, su condición de inocencia hasta tanto, un juicio justo determine que en efecto su condición de inocencia, se ve suprimida, por la condición de responsabilidad ante las evidencias que así lo demuestran.

Luigi Ferrajoli al referirse a la presunción de inocencia advierte *“no es sólo garantía de libertad y verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social; de esa “seguridad” especificada ofrecida por el estado de derecho y que expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa”, que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo”*²⁰³.

201 Constitución Política de Panamá.

202 Herrera Pérez, Alberto. *“El Derecho a la presunción de inocencia”*, Edit. Porrúa, México 2012, Pag.3

203 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Edit. Trotta. 1998.

Al comentar Herbert Benavente Chores, sobre el pensamiento de Ferrajoli, determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son "*la regla de tratamiento del imputado*, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal" y "*la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda".²⁰⁴

Desde la perspectiva de la lógica el principio de presunción de inocencia se relaciona a la falacia *argumentum ad ignorantiam*, señala Perfecto Andrés Ibáñez, que esta falacia estatuida por las constituciones modernas es "*Cauce por medio del que se produce la imputación de delitos y la aplicación de las penas a los declarados culpables*", continúa señalando que el principio de presunción de inocencia a). Predetermina un cierto concepto de la verdad procesal. El de una verdad probable, relativa, pero dotada de un buen nivel de certeza práctica, si se dan determinadas condiciones. b). predetermina, consecuentemente, también, un determinado tipo de proceso. O sea, un proceso controversial y dialógico, como el más adecuado para obtener esa clase de verdad. c). Se traduce, ya dentro del proceso, en regla de juicio, conforme a la que debe adoptarse la decisión judicial en materia de hechos. d). Se traduce, así mismo en regla de tratamiento del imputado, puesto que el proceso penal como medio de intervención actúa sobre personas inocentes.²⁰⁵

Se desprende que este proceso de obtención de conocimiento, permite arribar a un convencimiento sobre la culpabilidad o inocencia efectiva del sujeto.

El derecho de presunción de inocencia, puede ser vista desde una triple dimensionalidad, dentro de su aspecto de garantía procesal según Herrera Pérez, como regla probatoria, como regla de juicio y como regla de tratamiento, los cuales pasaremos ampliar.

Derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento al individuo

El derecho fundamental de presunción de inocencia debe respetarse en todo momento, incluso antes de que el Ministerio Público, inicie las investigaciones, es decir que el trato a la persona investigada no puede ser la de autor de un delito por parte de las fuerzas de seguridad del Estado, sino de inocente hasta tanto sea vencido en un juicio y enervada su presunción de inocencia.

El trato que se dispense a los detenidos, investigados y de todo aquel que aún no ha sido vencido en juicio, atenderá a la dignidad, respecto, integridad que merece todo ser humano, siendo irrelevante la acusación que pudiese formularse al mismo eventualmente.

Así también lo reconoce las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de 1955 en su artículo 84.2 "El acusado gozará de una presunción de inocencia y de-

8. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008

205 Perfecto Andrés Ibáñez. *Garantismo y Proceso Penal*. Juan Oberto Sotomayor Coordinador "Garantismo y Derecho Penal", Temis. Bogotá, Colombia 2006, Pag145-146.

berá ser tratado en consecuencia”²⁰⁶ es decir que este derecho fundamental opera en situaciones extraprocesales.

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimiento penal advierte en el artículo 8 como principio de inocencia que: “Toda persona debe ser tratada y considerada como inocente durante la investigación y el proceso, hasta tanto se le declare responsable del delito que se le imputa en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada.

Los jueces, fiscales, querellantes y miembros de la policía Nacional no pueden presentar a la persona investigada o imputada como culpable ni pueden brindar información sobre esta en ese sentido a los medios de comunicación social. Solo es permitida la publicación de datos o fotografías indispensables para fines de la identificación de dicha persona.”²⁰⁷

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA: La actividad probatoria debe ser legítima, las pruebas recopiladas para enervar la presunción de inocencia deben haberse practicado y adquirido de acuerdo a las garantías que se protegen, si todas las pruebas son traídas al proceso en debida forma habrá pruebas de cargo suficientes que permitan acreditar la existencia del delito y la responsabilidad, puesto que quien acusa es quien debe probar.

Le corresponde al Ministerio Público en el ejercicio de *ius puniendi*, incorporar esos elementos de prueba, que demostraran la responsabilidad del sindicado, pero esta investigación objetiva, no podrá valerse de medios ilícitos para obtener pruebas en contra del imputado, por lo tanto serán inadmisibles, aquellas declaraciones que se logran por a). Todas las formas que producen una influencia corporal (maltrato, fatiga, ataques corporales, aplicación de otros medios); b). Todas las formas de influencia psíquica directa (engaño, hipnosis, amenaza, promesa de una ventaja no prevista en la ley, tortura); c). Coacción ilegítima según el ordenamiento procesal; y d). las medidas afectan al memoria y la capacidad de comprensión.²⁰⁸

Así entonces “la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria para destruir el *status* de inocente que tiene todo procesado sin que pueda imponerse sanción o pena alguna carente de previa actividad probatoria lícita, sobre la cual el órgano decisorio competente pueda fundar un juicio razonable de responsabilidad o culpabilidad con prueba constitucional y legalmente obtenidas”²⁰⁹

De este modo la presunción de inocencia no sólo se configura desde el plano constitucional así como regla procesal en la cual se requiere de actividad procesal mínima, pero legítima.

Presunción de inocencia como regla de juicio

206 Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

207 Código Procesal Penal. Ley 63 de 28 de agosto de 2008.

208 Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina

209 HERRERA PEREZ, Alberto. “El Derecho a la Presunción de Inocencia”. Editorial Porrúa, México 2012. Pág.77

En la vertiente de regla de juicio, es necesario que el juzgador previa sentencia realice una valoración del material probatorio aportado por la parte acusadora, lográndose entonces certeza para resolver la culpabilidad en caso contrario de incertidumbre o insuficiencia operaría el principio de *in dubio pro reo*.

Los elementos de prueba tienen como objetivo convencer al juez, no sólo de la existencia de un delito debidamente comprobado, sino para fundamentar su petición, de culpabilidad; al considerar que se ha generado certeza, a través de las pruebas que ha logrado acumular en contra del acusado. Pero corresponde al juez realizar una valoración de las pruebas traídas, a fin de tomar una decisión, la cual deberá estar motivada y en caso de incertidumbre o bien cuando exista insuficiencia de la prueba, la decisión será en beneficio del acusado.

Jurisprudencia con relación al derecho de presunción de inocencia en México

La Suprema Corte Mexicana, en decisiones proferidas ha esbozado interesantes consideraciones en particular llama la atención la jurisprudencia emitida en virtud de los amparos directo 533/2004. 7 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Osear Javier Sánchez Martínez. Secretario: Eneidino Sánchez Zepeda. Amparo directo 526/2004. 18 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina, entre otros.

"Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo".

El fallo planteado, resulta interesante ya que si bien un inculpado, puede en todo momento; intentar, mantener incólume su presunción de inocencia, pero únicamente sobre la base de su dicho y reiterándolo de forma constante no será suficiente.

Ciertamente al Ministerio Público, le corresponde la dirección de la investigación, así como también investigar lo que pueda resultar en beneficio del imputado; siempre que este le indique un norte a seguir; resultando errada la suposición; de la pasiva defensa, cimentada en la estricta negativa del imputado pese a existir suficientes elementos de prueba en su contra. La defensa entonces deberá adoptar una, defensa real, con miras a demostrar que sus dichos son ciertos, desde otra perspectiva que el Ministerio Fiscal, a desconocido.

En Panamá contamos con una normativa, que en efecto reconoce la presunción de inocencia, no obstante, no contamos con una jurisprudencia, que desarrolle el principio; aún así es objeto de mención en múltiples resoluciones judiciales, que reconocen su carácter de derecho fundamental.

Fallo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs, Perú sentencia de 18 de agosto de 2000.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la presunción de inocencia se ha pronunciado de forma categórica, en varios casos que han llegado a su conocimiento uno de esos casos viene a ser el caso “Cantoral Benavides Vs. Perú” sentencia de 18 de agosto de 2000, enunciando un extracto se advierte:

118. El artículo 8.2 de la Convención dispone que:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

119. la Corte observa, en primer lugar, que en el presente caso está probado que el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado (supra párr. 63.i.).

120. El principio de la presunción de inocencia tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente no es procedente condenarla sino absolverla.

121. En las actuaciones penales que se adelantaron en el Estado contra Luis Alberto Cantoral Benavides no se reunió prueba plena de su responsabilidad no obstante lo cual, los jueces del fuero ordinario lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad. Esa circunstancia fue expresamente reconocida por el Estado, como se desprende del texto de la Resolución Suprema no.078-97-JUS, de 24 de junio de 1997, que fue allegada por el Estado en el expediente que a la letra dice:

Vistos: La solicitud presentada por Luis Alberto cantoral Benavides y el informa No.127-97/CAH formulado por la comisión Ad Hoc creada por Ley No.26.655 en el que se recomienda la concesión del indulto; CONSIDERANDO:

Que mediante ley No.26.655 se creó una Comisión Ad Hoc, encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República en forma

excepcional, la concesión del indulto y el derecho de gracia para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes, que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habían tenido ningún tipo de vinculación, actividades u organizaciones terroristas; y

Que, por encontrarse la solicitud de Luis Alberto Cantoral Benavides, dentro de los alcances del artículo 1º, de la Ley No.26.655, los miembros de la mencionada Comisión Ad Hoc han recomendado por unanimidad el otorgamiento del indulto a favor de Luis Alberto Cantoral Benavides.

Que de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 118 inciso 21), de la Constitución Política del Perú, es atribución del señor Presidente de la República, conceder indultos; se resuelve:

Artículo Único.- Conceder INDULTO a LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES quien se encuentra en el Establecimiento Penal Miguel Castro Castro. Regístrese, comuníquese y publíquese.

122. En consecuencia, la Corte considera Estado violó en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 8.2 de la Convención Americana. Violación del artículo 8.2c), de) y f) de la Convención Medios adecuados para preparar la defensa, derecho de elegir un abogado y derecho de interrogar testigos.²¹⁰

En este caso la Corte determinó, que los elementos de prueba, por los cuales, había sido condenado Cantoral Benavides, no habían logrado enervar la presunción de inocencia, señalándose que la Convención exige, que para que una persona pueda ser condenada por lo menos debe existir plena prueba de su culpabilidad.

De este fallo también es posible colegir, que la Corte hace mención del trato que se dispense a los que aún no hayan sido condenados, cuando señala en el párrafo 116 d). Perú violó también la presunción de inocencia cuando el 26 de febrero de 1993 el señor Cantoral Benavides “fue exhibido por la DINCOTE, ante los medios de comunicación social, vistiendo un traje a rayas, como integrante del PCP-SL y como autor del delito de traición a la Patria”.

Con lo cual el fallo, deja de relieve la importancia de respetar la presunción de inocencia, en cualquier momento, incluso antes del juicio.

Presunción de inocencia y la medida cautelar de detención preventiva

En contradicción encontramos, la presunción de inocencia y la detención preventiva, no resultando en muchas ocasiones conciliarlos con facilidad; y esto riñe en principio cuando constitucionalmente, se advierte que toda persona se refuta inocente, hasta tanto se pruebe su culpabilidad ¿Entonces se mantiene detenida?, será que ¿está

210 Caso Cantoral Benavides Vs Perú
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

siendo considerada culpable?, pareciese que mantenerlo en esa situación, determina una probabilidad incriminante.

No obstante las medidas cautelares, se configuran como limitante al derecho de presunción de inocencia, ya que se pretende asegurar a la sociedad en general y a la víctima en muchos casos. Por lo tanto a fin de que no se aplique, la medida cautelar de detención preventiva, de forma excesiva, la doctrina y la mayoría de las legislaciones de Estados de Derecho, coinciden en afirmar que debe ser la última medida a aplicar.

El artículo 2129 del Código de Procedimiento Penal, establece que al aplicar las medidas, el juez y el funcionario de instrucción, deberán evaluar la efectividad de cada una de ellas, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto, advirtiéndose; que cada medida será proporcionada a la naturaleza del hecho y a la sanción que podría ser impuesta al imputado. No obstante esta misma norma de forma expresa señala, “La detención preventiva en establecimientos carcelarios sólo podrá decretarse cuando las otras medidas cautelares resulten inadecuadas”.

Ahora bien debe justificarse adecuadamente, que la prisión preventiva es indispensable para el caso concreto en el que se está aplicando, acreditándose los requisitos de “*fumus boni iuris*” que se constituye en el juicio de probabilidad sobre la posible responsabilidad del sujeto, con elementos que razonadamente sirvan para considerar eventualmente responsable al acusado. Es decir que deben existir antecedentes de la existencia de un delito y que se permita fundamente presumir que el imputado está involucrado.

El “*periculum in mora*” atiende al peligro de la eventual sustracción del acusado, del proceso así como también de resultar responsable hacer ilusoria la ejecución de la sentencia.

De igual modo para aplicar la detención preventiva, debe atenderse a criterios de proporcionalidad, “Por tanto, la prisión preventiva no puede ser utilizada como medida coercitiva, de seguridad o cumplimiento anticipado de la pena, prisión, sanción, ya que ello vulnera el derecho a la presunción de inocencia”²¹¹

De este modo la excepcionalidad de la detención preventiva, permitirá que en menor medida un acusado, vea afectada su presunción de inocencia, en la medida sea aplicada como corresponde por fiscales y jueces.

²¹¹Alcalá, Humberto Nogueira.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>

Conclusión

1. Los Derechos Humanos, son una concepción de los Estados modernos y en muchas ha influido la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
2. El Derecho a la presunción de inocencia, co-existe con el individuo siendo su estado natural, no obstante es reconocida e invocada en los Estados de Derecho.
3. El alcance del Derecho a la presunción de inocencia, no se limita al momento de la audiencia o la mera mención, inicia como regla de tratamiento del individuo.
4. La actividad probatoria, idónea, eficaz, veraz y lícita, es la única que permite al juez arribar a una conclusión de responsabilidad, que genera la anulación del estado de inocencia del individuo.
5. El material probatorio, insuficiente y que crea incertidumbre, en la decisión sólo permite la aplicación del principio *indubio pro reo*.

Bibliografía

- Aguilera Portales, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México
- Aguilera Portales, Rafael Enrique. Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos. Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo del Estado de Nuevo León. Monterrey Mexico 2010.
- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina
- Herrera Pérez, Alberto. "El Derecho a la presunción de inocencia", Edit. Porrúa, México 2012.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Edit. Trotta. 1998.
- García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal Constitucional (2007-2008). ¿Democracia o Autoritarismo?. Editorial Porrúa. México.
- Londoño Ayala, Cesar Augusto. "Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal Perfecto Andrés Ibáñez. *Garantismo y Proceso Penal*. Juan Oberto Sotomayor Coordinador "Garantismo y Derecho Penal", Temis. Bogotá, Colombia 2006.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "América Latina: Análisis regional. Proceso Penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad. (Documentos Penales y Criminológicos) Volumen I-año 2001, Directores (Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán)

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000100003>

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

La argumentación jurídica metodológica como principio fundamental para la legitimidad de la administración de justicia dentro del marco de los derechos humanos

Lorena Hernández

Sumario 1. Generalidades de la Argumentación Jurídica. 2. Antecedentes y Evolución Histórica. 3. Aproximación Conceptual. 4. Los Argumentos Metodológicos y su Clasificación. 5. Ponderación y Argumentación Jurídica. 6. ¿Por qué es necesario que el juzgador argumente? 7. Reflexiones finales, 8. Bibliografía.

Generalidades de la Argumentación Jurídica.

La creciente atención que se le ha dedicado al tema de la argumentación jurídica, sobre todo la judicial en las últimas décadas, obedece a que son los jueces, según nuestra opinión, los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones, con un estilo persuasivo, legitimando su actuación, a través de la racionalidad y razonabilidad de sus sentencias.

Crece por tanto el interés por la argumentación judicial, al mismo tiempo que disminuye la confianza en el principio de legalidad. Y esto sucede precisamente por la crisis de aquella imagen del juez ecuánime y sin pasiones que siempre encontraba la respuesta adecuada al caso a resolver. Sin embargo, era el legislador y no el juez, la ley y no la sentencia, quien pronunciaba el fallo, al no existir en esos tiempos la necesidad de explicar con esmero y empeño cada una de las decisiones judiciales, interpretando las normas de manera, literal, silogística y mecánica, tal y cual lo señala el Doctor **Rafael Aguilera Portales** obra *Teoría de los Derechos Humanos*.

Si la tarea del juzgador se limitara tal y cual lo explicó magistralmente el Dr. Cisneros en las clases del doctorado impartidas en nuestra República de Panamá, se limitarían a la interpretación gramatical de la ley o en la subsunción lógica de la misma, el Derecho entonces carecería de bases científicas, pues éste no se circunscribe a la literalidad de la ley. Razones por las que se demandan conocimientos serios y científicos sobre la materia de *Interpretación y Argumentación Jurídica*.

Por ello, en la actualidad, el motivar y argumentar no puede significar una simple mención de artículos, leyes, o jurisprudencias, como tampoco una acumulación de palabras inventadas por el juzgador, sino que corresponde, más bien a razonamientos o formas argumentativas, hiladas de forma congruente.

Siendo el argumento la parte más importante del razonamiento jurídico, ya que se encarga de darle apoyo o fuerza lógica específica para hacer más evidente la verdad o la falsedad de una proposición.

En ese orden de ideas podemos decir que se encuentra el argumento relacionado con otros elementos de la lógica como son la inducción, deducción y la analogía.

El autor **Germán Cisneros Farías**, señala que el *argumento jurídico* es “la parte del razonamiento general a la que damos fuerza lógica categórica, o fuerza lógica probable, para hacer evidente la verdad o la falsedad de una proposición.”²¹² En ese sentido **Manuel Atienza**, afirma que nadie puede dudar de que la práctica del Derecho, consiste fundamentalmente en argumentar y que la cualidad que mejor define a un *buen jurista*, es tal vez la capacidad para idear y manejar con habilidad argumentos.

En relación al término *argumentación*, **Toulmin** indica que éste se usa para referirse “a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, refutando esas críticas, etc.”²¹³ Mientras que “el término *razonamiento* se usa con un sentido más restringido que el anterior, para referirse a la actividad central de presentar las razones en favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.”²¹⁴

Por tanto, existe una conexión entre el argumento y el razonamiento, al ser el primero la expresión del segundo. Constituyendo el razonamiento el todo, mientras que el argumento, tal y como lo señalamos en líneas anteriores es el énfasis, acento, apoyo o fuerza que se da a este razonamiento.

Cabe destacar además que tanto en el razonamiento y en la argumentación, se presenta la lógica para razonar y demostrar algo, pero en la argumentación jurídica, la lógica adquiere más importancia, pues en ella se razona, se demuestra y se obtiene una conclusión lógica. Siendo la lógica según afirma **CISNEROS FARÍAS**, el hilo conductor de ambas, por lo que sin sentido lógico, los conceptos anteriores serían palabras vacías.²¹⁵

Debe haber entonces una verdad o razón que al darle fuerza lógica, adquiera la calidad de argumento, de lo contrario, lo que expresamos mediante el lenguaje serían simples palabras.

Es así como el objeto y función de la argumentación jurídica es dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho, consistente en justificar la elección entre alternativas jurídicas justas, correctas y válidas, mediante los criterios de racionalidad y razonabilidad, donde se quiere persuadir y convencer a quienes va dirigido el argumento.

212 CISNEROS FARÍAS, Germán. *Argumentación y Discurso Jurídico. Acentos constitucionales y administrativos*, México, Editorial Trillas 2012. p.8

2 Citado por ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. 31 Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. España. Gráficas Robel. 1993. p. 106

214 ATIENZA, Manuel. ob. cit. p. 106

215 CISNEROS FARÍAS. ob. cit. p.11

Antecedentes y Evolución Histórica.

En Grecia, la argumentación nace como un medio para persuadir a un auditorio determinado, utilizando como medio el lenguaje. Por lo que a través del discurso se formaba la opinión pública.

Aristóteles, con sus dos obras sobre argumentación: *Tópicos*, referida a la discusión teórica de la tesis y *Retórica*, referida a las particularidades de los auditorios sobre argumentación, le dio trascendencia a este tema en los distintos debates políticos y judiciales.

Lo que se pretendía con dichos discursos era lograr la adhesión a la tesis planteada por el orador, considerando como eficaz aquella argumentación que lograra mayor adhesión.

La Argumentación considerada como una vuelta atrás a la retórica fue calificada por Aristóteles como la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para vencer sobre la base de pruebas de persuasión, lo que en todo caso se le denomina demostración.²¹⁶

Perelman, indica que en esa época la elocuencia práctica que implicaban los géneros judicial y deliberativo, constituía el campo predilecto en el que se presentaban distintos opositores y hombres políticos que defendían con argumentos, distintas tesis.²¹⁷

Asimismo se indica que los debates argumentativos que se daban en Grecia y Roma en el género judicial eran muy frecuentes, ya que los juicios eran orales donde los oradores presentaban sus alegatos, argumentos y conclusiones con el propósito de persuadir al juzgador y al auditorio.

Aproximación conceptual

A manera de introducción consideramos oportuno definir grosso modo los conceptos de retórica, interpretación y argumentación propiamente tal.

En lo que respecta a la *retórica*, tal y como lo señalamos en el punto dos sobre la evolución histórica, se remonta a los orígenes griegos y surge como un arte o técnica de la persuasión, basándose únicamente en las posibilidades emotivas que los discursos pudieran ejercer sobre los oyentes, intentando movilizar el espíritu y alma de los receptores, a través de sentimientos y afectos, sin necesidad de una explicación racional.

Sobre ello, consideramos que en los tiempos actuales la retórica es usada frecuentemente por los juristas, no como una disciplina, pero sí como parte de su discurso diario ante los Tribunales de Justicia, tratando de convencer a los destinatarios, que en el caso concreto, son los jueces, magistrados y jurados de conciencia.

216 ARISTÓTELES. *Retórica*. Traducción de Q Racionero. Editorial Credos. S.A. Madrid. 1990. p.167

217 Cit. por CISNEROS FARIAS. *Argumentación y Discurso Jurídico*. p. 24

En cambio la *interpretación* en la vida diaria es desentrañar el verdadero sentido de algo, poniendo quien interpreta su propia visión o subjetividad.

Al respecto **H. Bonilla Domínguez** señala que la interpretación es el descubrimiento del significado de una expresión, donde la hermenéutica o interpretación jurídica se ocupa del significado de formulaciones normativas, cuyo uso es necesario para la aplicación de textos legales oscuros, siendo una *ciencia* al buscar las reglas o métodos para la correcta interpretación, pero también es *arte* al utilizar diestramente dichas reglas.²¹⁸

Por otro lado *argumentar* consiste en la exposición de razones que justifican algo, ya sea una tesis o una idea. Sin embargo, para que sea válida y creíble debe realizarse con base a pruebas y razonamientos fundados.

De modo que argumentar es defender una idea aportando razones que justifica la postura de quien argumenta.

En esa línea considera **Londoño Ayala** que la capacidad para argumentar correctamente suele ir emparejada con la capacidad de influir sobre las personas, lo que nos lleva a determinar que la argumentación es una variedad discursiva con la cual se pretende defender una opinión y persuadir de ella a un receptor mediante pruebas y razonamientos que están relacionados con la lógica, la dialéctica y a la retórica.²¹⁹

Ampliando aún más sobre este tema, **Cisneros Farías** en su libro "*Lógica Jurídica*", afirma que el concepto "*Argumentación*" se encuentra directamente relacionado con otros conceptos de la lógica tales como el razonamiento, deducción, inducción y analogía. Mediante la cual se le da apoyo o fuerza lógica específica al razonamiento, para hacer evidente la verdad o la falsedad de una proposición.²²⁰

A renglón seguido este autor expone que los argumentos lógicos pueden ser *concluyentes*, (la demostración y la prueba) cuando de un modo decisivo y categórico, nos muestra la evidencia o la certeza respecto a la verdad o falsedad de una proposición; el argumento *probable*, (la congruencia y la hipótesis), donde sin llegar a la evidencia o certeza se aproxima a ella; y el *comparativo*, (los argumentos analógicos), los cuales establecen relaciones de semejanza o desemejanza entre concepto y objetos para facilitar la conclusión.²²¹

Asimismo, durante las clases de doctorado, sobre *Teoría de la Interpretación*, impartida en nuestro país por el aludido profesor **Cisneros Farías**, el pasado mes de febrero, explicó que el razonamiento es un diálogo de palabras con ilación que se emplea para probar o demostrar algo. Y que llamamos argumento a la parte del razonamiento a la que le damos fuerza y énfasis para hacer evidente la verdad o falsedad de una proposición.

218 Citado por PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. *Interpretación Constitucional. Argumentación e Interpretación Constitucional*. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Panamá. 1999. p. 50-51

219 LONDOÑO AYALA, Nelson Leonardo. *Argumentación jurídica*. 2da. Edición. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2012. p. 31

220 CISNEROS FARÍAS, Germán. *Lógica Jurídica*. Editorial Porrúa. México, 2012. p. 83

221 CISNEROS FARÍAS. ob. cit. p.83-84

Y que tanto en el argumento, como en el razonamiento, en el discurso jurídico se plantean tres elementos, los cuales son: *razonamiento, demostración e ilación lógica*.

Argumentos metodológicos y su clasificación

Los argumentos jurídicos metodológicos se consideran propios de la tarea que ejercen los jueces y magistrados al dictar sus decisiones.

Esto es así ya que le sirven para su organización interna, tanto en el aspecto de la fundamentación como de la motivación de sus sentencias.

Cisneros Farías al respecto señala que, "*funcionan como razonamiento deductivo, por lo que no aparecen de manera específica en el cuerpo de su resolución, pero forman parte de su razonamiento metodológico mental.*"²²²

Añade que mientras el razonamiento puede quedar retenido en la mente del sujeto, pensante, sin trascender, el argumento en general, por el contrario, trasciende de la mente de quien lo formula, ya que debido a su propia naturaleza se dirige siempre a otros sujetos para los cuales se argumenta.

Sobre lo anterior explica el autor en referencia que el razonamiento deductivo es interno, ya que sólo está en la mente del juzgador, por lo que en las resoluciones judiciales, sólo se verá de manera lógica, objetiva y contundente el razonamiento.

Así tenemos que en la obra *Derecho Sistemático* se señala que el juzgador, al organizar su sentencia, puede otorgar como motivos de su decisión, algunos argumentos aceptados por el derecho, en concordancia con sus bases filosóficas, con los principios de la lógica y con la metodología. Argumentos estos que por no estar conectados directamente con la lógica, son denominados, argumentos autónomos.

Se hace una clasificación de dichos argumentos metodológicos, iniciando con el *argumento de equidad o equitativo*, indicándose que lo justo y lo equitativo son lo mismo y siendo ambos buenos, lo equitativo es con todo, superior. Por tanto la naturaleza de lo equitativo es ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.

En torno al argumento teleológico se señala que el concepto *finalidad* acepta varios significados, considerándolo como un concepto polisémico. Esto es así ya que lo mismo puede referirse a una intención, a un objetivo o a un propósito determinado. Y se puede referir a la función de un sistema o también al sentido o tendencia de una actividad humana.

Se identifica en la práctica tratando de identificar el fin concreto del precepto, tomando en cuenta que el legislador al momento de crear una norma, lo hace para conseguir un objetivo determinado. Lo difícil en este argumento es determinar cuáles son esos fines, toda vez que el fin parece el resultado y no el presupuesto de la interpretación.

El *argumento pragmático*, llamado también consecuencialista consiste en *justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan.*²²³

Este argumento, justifica en caso de existir un enunciado, con dos significados distintos, se opte por el que le da mayor efectividad.

En esta forma de razonar pragmática, lo característico es que no se siente la necesidad de justificar, ni la bondad de las consecuencias, ni el nexo que une la causa con las consecuencias.

Mediante el argumento *por el absurdo* se justifica rechazar un significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a las que conduce. No obstante, el problema de este argumento es determinar el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias a las que conduce el significado que es rechazado.

Se define el *argumento psicológico* como aquel al que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, del legislador que históricamente la redactó. Aquí se destaca que la voluntad es elemento más importante en el derecho, dependiendo de ella, el giro, la finalidad y la intención en el momento de creación de la norma.

En ese sentido la doctrina con frecuencia se pregunta *¿cuál es la voluntad del legislador? Y ¿cómo puede lograrse?* Contestando a renglón seguido, que para ello había que remitirse a los documentos básicos. (exposición de motivos, los trabajos preparatorios, y los preámbulos).

El *argumento histórico*, al igual que el teleológico y el psicológico, obedecen a la intención o voluntad del sujeto que crea o aplica la norma. Es considerado el argumento histórico como el de mayor tradición en el derecho, donde el intérprete analiza históricamente, la evolución jurídica, cultural, económica y moral de una sociedad.

Son muchos los que opinan que se basa el *argumento económico o de la no redundancia* en la creencia que el legislador es económico, no redundante, donde al elaborar el derecho, tiene en cuenta todo el ordenamiento jurídico, siguiendo los criterios de la economía y no repetición de conceptos.

Dice el Doctor Cisneros Farías, en relación al *argumento moral o de énfasis* que el contenido del concepto moral, es una tarea difícil. Y que todo supuesto jurídico, cuyo contenido normativo a la conservación de la vida o afecte una actitud de supervivencia humana, es un supuesto jurídico, contrario a la moral.

Indica además que por moral en el derecho se entiende, es el respeto al pacto originario, aceptado ya sea por adhesión implícita o por adhesión declarativa. Y es en esa línea que los habitantes de un Estado aceptamos vivir dentro del marco de la Constitución y la Ley.

Ponderación y argumentación

Uno de los postulados que se destacan más en la actualidad es el referente al método de la *ponderación*, por medio del cual se estudia y analiza la forma en que aplican los principios jurídicos, es decir, aquellas normas que tienen la estructura de mandatos de optimización en aquellos casos donde existen incompatibilidades entre categorías de normas para así determinar cuál de ellos debe determinar la solución de un caso en particular.

Eduardo Aldunate Lizana, señala al respecto que *la ponderación sería “el método más adecuado para el manejo de categorías morales que, por una parte, no se dejan aplicar como las reglas por la vía de la subsunción y que por otra sostienen una pretensión de validez que no se ve desplazada por las reglas tradicionales empleadas para la solución de antinomias o colisiones normativas.”*²²⁴ Señala en ese sentido que los principios conservan siempre a nivel normativo su misma validez, las circunstancias del caso concreto pueden introducir elementos de juicio que permitan dar mayor peso a uno frente al otro, sin que ello quiera decir, que en otro caso concreto se le de prevalencia que en caso anterior ha sido preterido.

Por su parte, **Riccardo Guastini** afirma que *“La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Una jerarquía axiológica móvil es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: “El principio P1 tiene más valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un peso, una importancia ético-política, mayor respecto del otro. En consecuencia el principio que tiene más valor prevalece sobre el otro: se aplica mientras el otro se deja de lado.”*²²⁵

Alexy Robert indica que el modelo de la fundamentación de la ponderación evita una serie de dificultades, vinculadas con el concepto de la ponderación, ya que esta no es un procedimiento en el que un bien se obtiene a costa del otro, sino que su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que de acuerdo a la ley de colisión surge de una regla diferenciada de decisión. Afirma este autor que *“en la ponderación no se trata de un asunto de todo o nada, sino de una tarea de optimización.”*²²⁶ Explica además que en las ponderaciones de derecho constitucional de lo que se trata no es de qué tan importante considere alguien tal a determinado principio, sino de qué tan importantes deben ser considerados estos principios para el caso concreto.

224 ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo*. Revista de Derecho Valdivia. Volumen 23. Julio 2010. [consultada el 9/21/2012]
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000100004&scrit=sci_ar...p.9

225 GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 88

226 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición en Castellano 2007. p. 144

Aldunate Lizana, expone que el método de ponderación puede apreciarse en sentido estricto desde dos perspectivas: la primera, desde el punto de vista de la estructura lógica en la cual coloca al operador jurídico donde se plantea el problema, justificando normativamente la preferencia de uno frente a otro, con el mayor peso que se otorga a uno u otro valor en determinado caso. Señala que las razones por las que opera la preferencia en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores. La segunda perspectiva guarda relación de que el método de ponderación permite superar al de subsunción propio del positivismo. Opina este autor que si lo que quiere enfrentar el método de ponderación es al método subsuntivo *debe estar consciente de que, de aquellas posteriores a la Segunda Guerra Mundial casi no hay teoría de interpretación o aplicación del derecho que sostenga que el método de aplicación del derecho es de carácter subsuntivo.*

Según explica Prieto Sanchís la idea de los principios y el método de la ponderación, aparecen indisolublemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y con ello para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, pero considera que es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión fuerte del constitucionalismo.

Por otro lado debemos destacar que como pudiesen existir dos posturas o construcciones doctrinales de orden apriorístico en relación al elemento de la carga argumentativa dentro del método de ponderación: la prevalencia de los principios de la libertad y la igualdad jurídica y la preferencia del Principio Democrático, ambas tienen que valorarse dentro del procedimiento de ponderación, donde en algunos casos habrá empates a favor de lo determinado por el legislador y en otros podrá haber predilección a los principios de libertad e igualdad jurídica.²²⁷

En cuanto al tema de la *argumentación* es importante señalar que el nuevo siglo demanda la articulación de un nuevo paradigma donde todos los ciudadanos puedan sentirse autores racionales de las decisiones que emanan de los órganos de poder, logrando éstos la adhesión voluntaria a las formas y contenidos del ejercicio del mandato público.²²⁸ En consecuencia deben las decisiones estar apoyadas en las reglas de la racionalidad, es decir, las decisiones judiciales deben estar motivadas, utilizando los operadores judiciales razonamientos que las expliquen, indicando las razones y pruebas que la fundamentan. Sólo se justifica los resultados de una decisión si están debidamente motivadas, previa confrontación de las mismas, donde rige la racionalidad, y por ende prevalece la razón que ha sido demostrada mediante pruebas.

Sobre la argumentación se han dado una diversidad de teorías. Las formalistas, por ejemplo, señalan que las decisiones judiciales son fríos silogismos; los realistas en cambio han indicado que el razonamiento jurídico guarda relación con la ideología, las emociones, más no con la lógica, mientras que en la actualidad se ha rescata-

227 VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. *Los Principios Rectores y las Garantías Procesales en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Colombiano*. Revista Justicia Iuris. ISSN 1692-8571, Volumen 8. Octubre 2007 – marzo 2009. p. 78

228 PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. *La Motivación en las Decisiones Judiciales*. Ob, cit. p. 2.

do de la antigüedad la retórica, concibiendo el razonamiento jurídico como una técnica de persuasión y de convencimiento.

Según lo expone **Londoño Ayala** *“la teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho. Entonces la teoría de la Argumentación Jurídica hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho.”*²²⁹

Resulta necesario por tanto en estos tiempos, institucionalizar las reglas de la ética en el derecho *“para que en palabras de Jürgen Habermas: la moral no flote sobre el derecho (como sugiere el derecho natural respecto al conjunto suprapositivo de normas), sino que “emigre al interior” del derecho positivo.”*²³⁰

Según Habermas, el mejor argumento surge cuando impera una *“situación de diálogo, allí, los argumentos aducidos deben ser verdaderos, sinceros y el hablante debe presentar pruebas que apoyen su postura.”*²³¹

El objeto y función de la argumentación jurídica es dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho, consistente en justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas y válidas, mediante los criterios de racionalidad y razonabilidad, donde se quiere persuadir y convencer a aquellos a quienes va dirigido el argumento.

Por otro lado, debemos indicar que existen posiciones contrapuestas en torno a si mediante el procedimiento argumentativo puede alcanzarse la respuesta correcta, sobre todo en los casos difíciles, existiendo una versión fuerte, donde se sostiene que la respuesta correcta sí existe, donde *“según Dworkin, sólo un juez portentoso, algo así como un semidios, llamado por él, Hércules, estaría en condiciones de hallar la respuesta correcta. Mientras que una versión débil defendida por Alexy, acepta que hay una respuesta correcta, pero duda que existan posibilidades de descubrirla”*.²³²

Finalmente, no podemos cerrar este punto sobre la argumentación sin hacer mención del Principio regulativo de Aarnio, como directriz del razonamiento jurídico, el cual consiste en que *“en la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación.”*²³³

229 LONDOÑO AYALA, Nelson Leonardo. *Argumentación Jurídica*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición 2012, Bogotá. p. 36.

230 Citado por PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. *La Motivación de las Decisiones Judiciales*. ob. cit. p. 3

231 J. HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Taurus Ediciones. 1ra. ed. reimp., Madrid. ta1992. 2T

232 Cit. por PADILLA ZAMBRANO A. *Interpretación Constitucional. Argumentación*. Ob. cit. p. 69.

233 A. AARNIO. *Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. de E. Garzón Valdés. Centro de Estudios constitucionales, Madrid. 1991. p. 37.

¿Por qué es necesario que el juez argumente?

Es necesario que el juez argumente ya que la administración de justicia no encuentra su legitimidad en la voluntad popular, como ocurre en los órganos legislativo y ejecutivo, sino que adquiere legitimidad, a través de su capacidad de articular discursos jurídicos sostenidos durante los procesos, permitiendo en esta forma que prevalezca la fuerza del mejor argumento.

Consideramos en ese sentido que estos procedimientos realizados durante el juicio y todas las etapas del proceso, importados desde el campo de la ética son los que otorgan legitimidad al poder judicial en la medida en que los jueces y magistrados pronuncien sus fallos fundamentados en públicas y buenas razones.

Lo anterior se requiere pues recordemos que las funciones del Órgano Judicial tienen especial relevancia dentro de los sistemas democráticos. Siendo allí donde se dirimen los conflictos jurídicos. De modo que con ello se asegure la vigencia de la Constitución y las leyes. Y es que sólo a través de una labor judicial ejercida de forma independiente, transparente e imparcial es que se puede lograr la existencia de un *Estado Democrático y Constitucional de Derecho*.

En razón de ello *“la argumentación jurídica no puede ser ajena al modelo de Estado social, de derecho, democrático y participativo previsto en la Constitución.”*²³⁴ No se puede olvidar en consecuencia que dentro de ese contexto, el derecho penal, es liberal, garantista, teleológico, mínimo y subsidiario al pretender tutelar bienes jurídicos.

Mans Puigarnau, afirma en su obra *Lógica para Juristas* que *“El Juzgador, al aplicar la ley al caso enjuiciado y al resolver, cuando se presentan cuestiones de derecho, efectúa preferentemente un razonamiento deductivo; pero al valorar la prueba y las presunciones, al inferir unos hechos de otros hechos para determinar la realidad y circunstancias del hecho sometido a su jurisdicción, en una palabra, al plantear la cuestión de hecho, se sirve con preferencia de la inducción: valiéndose, en uno y otro, de diversidad de argumentos...”*²³⁵

Coincide el Doctor Cisneros con el autor arriba mencionado al señalar que el juez está obligado a fundamentar su sentencia en el orden jurídico, en particular en el derecho vigente, pero además tiene el deber de motivar su sentencia, entendiéndose por ello, el ofrecer argumentos lógicos para darle armonía científica a su decisión.²³⁶

No cabe la menor duda entonces que mediante una correcta, pública y buena argumentación, los jueces obtienen una mayor legitimación y adhesión en sus delicadas funciones al momento de decidir.

En consecuencia, argumentar y motivar una decisión de carácter jurisdiccional, significa dar razones que muestren que tales decisiones, aseguran la Justicia, la cual es el fin supremo del Derecho.

234 CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *Oralidad, Debate y Argumentación*. 2da. Reimpresión. Editorial Ibañez. Bogotá, Colombia. 2002. p. 86

235 Citado por CISNEROS FARÍAS, German. *Interpretación Sistemática Del Derecho*. ob. cit. p.160

236 CISNEROS FARÍAS. ob. cit. p. 161

Es así como el derecho en su visión tridimensional (como hecho, norma y valor), tal y lo expone **Aguilera Portales**, está presente en el contexto justificativo de la decisión judicial, y por ende en la argumentación jurídica, para adoptar tal decisión.

Recordemos en ese sentido que existe un importante número de normas que conforman el ordenamiento jurídico que tienen una textura abierta, producto de la ambigüedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico, ocasionando diferencias y disputas ya que el lenguaje jurídico no siempre es claro. De allí la necesidad de argumentar.

Reflexiones finales

Las democracias se legitiman de forma continua a partir de la formación de la voluntad política, a través de procedimientos racionales, asentados en reglas tan esenciales como la argumentación jurídica, sobre todo en el ámbito judicial.

En virtud de lo anterior, se presenta la necesidad de motivar y argumentar las decisiones dictadas por jueces y magistrados, bajo la óptica de que se trata de un derecho fundamental de los ciudadanos, a la vez que se convierte en un deber ético de los administradores de justicia.

En ese orden de ideas consideramos oportuno señalar que *“un juicio justo no sólo depende de la adhesión a reglas procedimentales, sino que asimismo exigen el cumplimiento de estándares éticos por parte de los y las juezas, entre los que destaca la motivación...”*²³⁷

De modo que mediante una adecuada y correcta argumentación jurídica en las decisiones judiciales se puede generar la confianza suficiente en los usuarios sobre el sistema de justicia y contribuir en ese sentido a que acepten como justos los fallos judiciales.

Bibliografía

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique.** *Teoría de los Derechos Humanos*. Editorial Gryley, Perú 2011
- ALEXY ROBERT.** *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid Segunda edición en castellano. 2007
- AARNIO.** *Lo Racional como Razonable*, Un tratado sobre la justificación jurídica. Tra. De E. Garzón Valdés. Centro de Estudios constitucionales. Madrid. 1991
- ARISTÓTELES.** *Retórica*. Traducción de Q Racionero. Editorial Credos, S.A. Madrid, 1990
- ATIENZA, Manuel.** *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. 31 Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. España. Gráficas Robel.1993
- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo.** *Oralidad, Debate y Argumentación*. 2da. Reim. Editorial Ibañez. 2002
- CISNEROS FARÍAS, Germán.** *Argumentación y Discurso jurídico*. Editorial Trillas, México. 2012
- CISNEROS FARÍAS, Germán.** *Lógica Jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2012
- CISNEROS FARÍAS, Germán.** *Interpretación Sistemática del Derecho*. México
- GUASTINI, Riccardo.** *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid. Editorial Trotta, 1997

237 PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. *Motivación de las Decisiones Judiciales desde el Código de Iberoamericano de Ética Judicial*. Editorial del Órgano Judicial de Panamá. 2010. p. 4

J. HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa.* Taurus Ediciones. 1ra edición. reim., Madrid, 1992

LONDOÑO AYALA, Nelson. *Argumentación Jurídica.* Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. Bogotá. 2012

PADILLA ZAMBRANO, Armando Andrés. *La motivación de las Decisiones Judiciales desde el Código Iberoamericano de Ética Judicial.* Editorial y publicación del Órgano Judicial de Panamá. 2010

PADILLAZAMBRANO, Armando Andrés. *Interpretación Constitucional. Argumentación e Interpretación Constitucional.* Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Panamá. 1999

REVISTAS

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo.* Revista Valdivia. Volúmen 23. Julio 2010

VASQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. *Los Principios Rectores y las Garantías Procesales en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Colombiano.* Revista Justicia Iuris. ISSN 1692-8571, Volúmen 8. Octubre 2007-marzo 2009

La educación y la capacitación para el trabajo de la mujer en prisión en la frontera de Tamaulipas

Karla Villarreal Sotelo²³⁸
Cynthia Marisol Vargas Orozco²³⁹

Sumarios: 1. Introducción; 2. Antecedentes de atención emergente; 3. El sistema penitenciario y la visión de la reinserción social excluyente; Justificación; 4. La mujer en el espacio penitenciario; Panorama Nacional; Panorama Estatal; 5. La Educación de la mujer en prisiones del Norte de Tamaulipas; 6. La Capacitación para el Trabajo de la mujer en prisiones del Norte de Tamaulipas; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía.

Introducción

La reforma penal del 2008 en México denominada "*Del sistema mexicano de seguridad justicia*", (Zaragoza - Villarreal, 2011), contempla a la resocialización del delincuente ocupado la incorporación de dos ejes más al tratamiento que se aplicaba anteriormente para la readaptación del sujeto criminal, adecuando para ello el concepto a reinserción social.

La respuesta a lo referido recae en que la nación mexicana, necesariamente adoptara para ejercer su transición al cambio de modelo de justicia penal iniciando en aplicar cambios desde en su semántica como en los siguientes términos:

Se refiere hoy a sistema penitenciario en lugar de sistema penal, a reinserción social y no readaptación social, así, ha sentenciado y no al delincuente. Respecto al tratamiento penitenciario²⁴⁰ que se centraba bajo las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, serán incluidas, la salud y el deporte, con la finalidad de procurar la reinserción social y disminuir la reincidencia criminal.

Cabe hacer mención que respecto, a los establecimientos penitenciarios es sugerida también una modificación sustancial al texto constitucional, al suprimir la existencia de tradicionales "Penales" y centros penitenciarios registrándolos estos como Centros de Ejecución de Sanciones (CEDES), Centro de Ejecución de las Consecuen-

238 Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel C; Líder del CA Consolidado de Criminología; Coordinadora de la Maestría en Criminología y Ciencias Forenses. Perfil Promep; Profesora de Tiempo Completo de UAT-UAMRA. Para el desarrollo del presente proyecto se cuenta con el apoyo de la becaria CONACyT Lic. Carolina Landero Pérez, núm. de CVU 491578. E-mail: kvillar@uat.edu.mx

239 Posgraduante de Doctorado en Administración Pública de la Universidad Autónoma de Tamaulipas C. Marisol Vargas Orozco. E-mail: cmvargas@uat.edu.mx

240 El tratamiento penitenciario de forma general es u método de curación, y en cualquiera de los aspectos que este término sea manejado siempre se tendrá como principal importancia el mejorar la calidad de las cosas o de las personas. Feria Cazares, Gerardo. "La Reinserción Social en México"; Ed. Flores Editores Pág. 63. México, 2013.

cias Jurídicas del delito (CECJUDE), Complejos Penitenciarios, etc. por citar un ejemplo. Adquiriendo adaptación similar en algunos estados de la República Mexicana. En lo que respecta a Tamaulipas a la fecha se inscriben como (CEDES). Este mismo párrafo indica que estas instituciones serán dependientes de los estados, de la federación y de competencia diversa. (Sánchez, 2009). En lo respectivo a este ensayo, se aborda con información proveniente del proyecto de investigación titulado “Alternativas de educación y capacitación para el trabajo en la mujer antisocial Tamaulipeca²⁴¹”, teniendo como objetivo general. *Diagnosticar la forma de atención e integración de los principios fundamentales del tratamiento del sistema penitenciario como son: Educación y la capacitación para el trabajo en la población femenil*. Todos estos analizados dentro del paradigma para alcanzar la reinserción social. Partiendo de qué, para este nuevo proceso de tratamiento de la mujer en prisión, se deben tomar en cuenta aspectos sobre cuestiones familiares²⁴², económicas y sociales del contexto, para el verdadero logro de la reinserción social mencionada²⁴³.

Todo lo anterior con la intención firme de observar, la manera en la que se prepara la reinserción social de la mujer en prisiones del estado de Tamaulipas. Sin dejar de ser influenciada esta elección de muestra por corrientes o cortes de empoderamiento femenino o masculinidad contra feminidad, más bien surge en base a la intriga social que existe, sobre el servicio que el estado ofrece en atención a esta población, originada por los negativos eventos²⁴⁴ de violencia colateral que el crimen organizado ha trasladado hacia la prisiones tamaulipecas²⁴⁵, situación sobre la que se reserva información, y la circulante refiere únicamente al sexo masculino y no a las mujeres que presenciaron las mismas olas de violencia en los espacios carcelarios del estado de Tamaulipas²⁴⁶.

241 Proyecto PFI2014-43 y 3° año de la Red Temática en Impartición de Justicia UAT-UANL-BUAP-UATx PROMEP

242 Las mujeres en reclusión sufre sucesos estresantes por la pérdida de la libertad y lo que conlleva al tener que dejar de sus seres queridos, quienes muy frecuentemente la abandonan. **Lagarde, E.** (1993). menciona que le hecho de las mujeres padezcan de faltas de apoyo se debe entre o otras causas al estima social que ene la mujer es mayor que en los varones.

243 La prisión tiene como finalidad la resocialización del recluso pero las condiciones sociales (económicas, políticas y culturales) son factores determinantes para que los sujetos acaben por cometer más delitos y convertirse en reincidentes para el conjunto de la sociedad. **Jiménez B. –Jiménez A.** (2013) ,“Foucault, cárcel y mujer : El conflicto de la reincidencia.” Revista Humanidades.

244 Eventos con efectos prácticamente negativos en todos los sentidos que influyen sin duda en su bienestar aspectos de salud mental sin duda alguna. Véase para ello referencia de (Lin, Woefl, Ligth, 1985).

245 La secretaria de seguridad publica comunico en la conferencia sobre sistemas penitenciarios que la en los últimos 5 años de gobierno, se han presentado 887 incidentes en los reclusorios del país, 5179 internos se han visto involucrados. 3369 participaron en motines; 922 en riñas, 316 murieron, 320 se fugaron, y ha habido 52 homicidios y 83 suicidios, 60 agresiones a terceros, 107 huelgas de hambre y 14 autoagresiones. (SSPF, 2011).

246 En Tamaulipas cuenta con 7 establecimientos penitenciarios de los cuales todos son de población mixtas, albergan también a los hijos de las internas aunque en minoría en todos los centros.

Antecedentes de atención emergente.

La organización de Naciones Unidas solicito al Estado Mexicano garantizar la seguridad y la integridad de los internos. (ILANUD, 2012). Lo mismo que refrendaron por su conducto en repetidas ocasiones Amnistía Internacional y Comisiones Internacionales y Nacionales de Derechos Humanos. Revelando el estado de desatención en el que se encuentran estos establecimientos de confinamiento, señalando las condiciones de insalubridad, inocuidad, y sobre población y ocio, etc. Concientizando además sobre la posibilidad de contraer dentro de esas instalaciones diversas enfermedades entre las que destacan problemas de salud mental y psicopatologías en los internos. Pero sobre todo las típicas VIH-SIDA, Tifoidea y Tuberculosis. Sumándose a todo esto la vulnerabilidad en la atmósfera de violencia e intimidación a las que se ven sumergidos los reclusos por los constantes motines y eventos de violencia en estas prisiones, requiriendo atención de aplicar diagnósticos de valoración y atención emergentes para con ello corresponder con programas efectivos a la educación y capacitación frente a las desventajas del encierro²⁴⁷, Ya que el hacinamiento puede constituir por sí mismo un tratamiento inhumano²⁴⁸ y degradante, donde lo mínimo que se espera, es qué en esos establecimientos, sea el “aprender”. Los ánimos se interponen para emprender la capacitación y la enseñanza que les permita obtener herramientas y destrezas para lograr una vida nuevamente en libertad.

La crisis penitenciaria mexicana no es nueva, forma parte de un conjunto de factores que tienen influencia directa sobre el problema de seguridad en el país. “Los ángulos del análisis son múltiples; por ejemplo la sobrepoblación, hacinamiento, incidentes violentos, disturbios que indican que las autoridades no tiene pleno control de estos establecimiento además de faltar un análisis sobre las condiciones de las mujeres en prisión”. (Barrón, 2012).

El sistema penitenciario y la visión de la reinserción social excluyente

El Plan Nacional de Desarrollo del gobierno de la Republica (PND 2013-2018), describe la necesidad de fortalecer el sistema penitenciario para garantizar el respeto a la ley y se apoye la reinserción social de manera eficaz, para ello el objetivo 6. 1.2, de Procuración e Impartición de Justicia, expresa que “México necesita leyes que ayuden a encarcelar los delincuentes, siendo impostergable la modernización del sistema de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia mediante instituciones más eficientes y leyes más adecuadas.” (PND, 2013-2018). Como parte de las

247 Referido por Goffman como “ESTIGMA”, por las consecuencias que sufren los internos dentro de la prisión. **Goffman Erving** (2003); “La identidad deteriorada”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina.

248 Para las mujeres en reclusión para quienes el encarcelamiento resulta un suceso particularmente estresante en sus vidas, ya que a parte de la pérdida de la libertad se ven obligadas a alejarse de sus seres queridos y muy frecuentemente son abandonadas por sus familiares y amigos con el consecuente impacto que estos tiene sobre su bienestar físico y emocional. (Azola, 1996).

estrategias de atención a estos rubros se intenta recuperar el sentido original de los centros penitenciarios, se establecerá la figura del juez de ejecución de sentencia; así como la estructuración y organización territorial de las instituciones penitenciarias vía al sistema nacional de seguridad pública, con metodologías operativas para el traslado, y separación de reos de acuerdo a su perfil criminológico y peligrosidad.

Se combatirá la corrupción al interior de los centros, reforzando la vigilancia etc. La sobrepoblación en estos centros de reclusión, se reconoce como obstáculo para garantizar las condiciones dignas a los reclusos. Concluyendo que se analizara la pertinencia y medidas alternativas o esquemas de prisión en la que contempla el sometimiento a instituciones.

Pero en ningún momento dentro de las estrategias se describen la necesidad de contemplar estudios integrales para diagnosticar a la población por género, en especial a la mujer en prisión²⁴⁹, para con ello impulsar la reinserción social *ad hoc*. Los informes de organismos vigías por lo general, se refieren siempre en cifras generales androcéntricas, a los problemas de salud ya mencionados, sobrepoblación, ocio y las cifras en relación delictiva. Considerando que para los alcances de las metas propuestas en el Plan Nacional de Desarrollo (PND 2013-2018), se deben emprender diagnósticos integrales de género que permitan acercar también en el objetivo a las mujeres al salir de prisión hacia una verdadera reinserción social.²⁵⁰

Iniciando un análisis de pertinencia de los alcances de la capacitación para el trabajo y la educación que se reciben en prisión, debiendo ser acordes a la demanda laboral de la sociedad en libertad.

Para concretar la legitimidad de realizar el análisis anterior, cabe hacer mención que se apega a lo establecido dentro del marco jurídico del tratamiento penitenciario, que inicia en la Carta Magna mexicana en el artículo 18, prosigue su reconocimiento en la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados en los artículos 6°, 7° y 8°. Mencionado que el tratamiento será individualizado con la aportación de diversas áreas y disciplinas, de carácter progresivo y técnico.

Justificación

La educación es un factor de recuperación social, ya que el *hombre es un ser educable por naturaleza*, que busca a través de la educación, un proceso permanente de mejora de la persona. Descubrir en él los más amplios horizontes su autorrealización,

249 Diversas posturas académicas al estudio del tema, aportan explicación a la exclusión a la mujer de la mujer no solo es en el tema de confinamiento si no que en todo el tratamiento normativo ante la ley penal. **Yague Olmos, Concepción** en "Mujer: delito y prisión, un enfoque diferencial sobre la Delincuencia Femenina" destaca que en la literatura feminista, son muchos los ejemplos que ponen de manifiesto la perspectiva esencialmente masculina que caracteriza el ordenamiento jurídico en general y el Derecho penal en particular, marcado éste por su afán excesivamente "proteccionista" de la mujer.

250 Estas mujeres salen con el estigma de presa lo que dificulta a un mas su reintegración social teniendo en cuenta los estereotipos prejuicios y discriminaciones añadiéndose a todo ello las violencias culturales señaladas por Galtung, 1990 y violencia simbólicas por Bourdieu, 1998. En **Jiménez Bautista Francisco**: Foucault, Cárcel y mujer: El conflicto de la reincidencia, Revista humanidades N°20, España, 2013.

encontrarse en el servicio a los demás, es cuestión inmersa en su educación. La persona que ha infringido las normas legales merece la privación de su libertad; pero más que un castigo llano, tiene derecho también a una segunda oportunidad que la educación le permite, entendida esta no únicamente como base en la instrucción, sino en el desarrollo de las virtudes que rescaten su dignidad humana, concientizando en ello y específicamente el valor de respetar y ser respetado como persona. El sistema penitenciario mexicano requiere establecer mecanismos realmente estructurados y diseñados para propiciar en los sujetos privados de su libertad, valores de educación sustantivos que les permitan como ser humano, vía su capacitación, integrarse adecuadamente a su reinserción social. La ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, en sus artículos 6º, 7º y 8º, dispone que tratamiento será individualizado con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales, sus usos y costumbres. (Zaragoza, 2009). El tratamiento penitenciario, se fundamenta en una serie de principios que se abocan a la consecución de los fines primarios de las penas privativas de la libertad, reeducación y reinserción social del interno. Las gestiones de organización de las actividades educativas, culturales y profesionales corresponden a la administración penitenciaria, dado que las distintas formas educativas deberán garantizarse según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de normas mínimas que son: a) Educación escolar entendida por la comunicación dogmática de conocimientos ordenadas para llegar a una meta. b) Educación extraescolar, que supone cualquier otra forma de preparación del individuo diversa de la educación escolar. Sin dejar de mencionarse la educación cívica, física, social, de higiene, ética y artística. La educación de los encarcelados es uno de los factores de mayor importancia en el tratamiento penal, la reinserción social debe ser la reestructuración de la capacidad del individuo para construir una adecuada consciencia de normas y valores sociales por ello la tarea de los estados vigilantes de sus centros penitenciarios ha de ser cabalmente educativa, basada en proyectos estructurados. (Villanueva, 2010).

Por ello en la mujer reclusa, la enseñanza penitenciaria es definitiva, para orientarle con la educación a instruir una profesión que le permita ser capaz de desarrollarse por sí misma, dejando en ella la posibilidad de aislar las conductas antisociales cuando se encuentre en libertad. En el Plan Estatal de Tamaulipas 2011 - 2016 (PEDT 2011-2016), dentro del objetivo 5 reinserción social establece la búsqueda de un sistema de reinserción social fuerte y eficaz en infraestructura e innovador en el cumplimiento de las sanciones, educador y formación de vocación productiva. Las estrategias y líneas de acciones de este mismo plan en el apartado 5.1.2 describen la necesidad de modernizar las herramientas de tecnologías, seguimiento de sanciones, mejores prácticas de reinserción social y el fortalecimiento de sistemas de reclutamiento y capacitación del personal adscrito a los centros de ejecución de sanciones. El apartado 5.3 detalla las gestiones, para la integración a la vida productiva creando oportunidades de desarrollo humano y productivo que fortalezcan la calidad de vida de los internos e instituir programas de formación y capacitación de mayor cobertura con base a modelos de educación a distancia, adiestramiento para el trabajo de acti-

vidades culturales deportivas. Contempla también otros esquemas de iniciativas que transforman el régimen penitenciario que procuran la reinserción social sustentada en la búsqueda de alternativas en las que subyace la intención de este trabajo de investigación que pueden ser consultadas en el objetivo 5 y sus derivados. (PED-Tamaulipas, 2011-2016). Remarcando que este plan no distingue en cuestión género la atención a la mujer en prisión, tal vez generado por la costumbre de referirse siempre solo en términos al sexo masculino, sin detallar especial dedicación para la reinserción que requiere la mujer y la humanización de las condiciones de los hijos de estas mujeres que habitan consigo en prisión²⁵¹. Los últimos acontecimientos expresados en las prisiones mexicanas, donde privan de la vida masivamente a reos de centros penitenciarios de ocupación mixta, es decir ocupados por Mujeres y Hombres, provocando indagar las circunstancias sobre la situación del género femenino en las cárceles. Estos hechos de amotinamientos, de fuga, y muerte determinados por la Organización de Naciones Unidas como “Alarma en el sistema penitenciario”.

La mujer en reclusión comparte prisión carcelaria junto al varón, ocupado el mismo espacio físico y territorial, respetando la cuestión de la separación de dormitorios, pero compartiendo dentro de las actividades las mismas instalaciones con los hombres, albergando consigo en su internamiento a sus hijos menores, dentro de los mismos límites y presenciando ocasiones de motines, originados por la población penitenciaria mayoritaria en rebelión. La mujer encarcelada ha ocupado siempre una posición muy secundaria debido a su menor entidad numérica y su falta de conflictividad en Tamaulipas la cifra de 6, 481 internos de los centros penitenciarios la mujer ocupa solo el 4.43% de la población penitenciaria. Este dato anterior es muy similar en comportamiento a los niveles generales de la mujer en prisión a nivel nacional. Dentro de los factores de indiferenciación de la mujer en prisión es su minoritaria ocupación carcelaria.

La ocupación ha derivado perpetuación histórica de una serie de factores de discriminación como son: precariedad de espacios, peores condiciones de alojamiento, lejanía de su entorno familiar y protector, mezcla de perfiles criminales, etc. Sin embargo la mujer en la prisión es una representación real que como tal presenta las mismas problemáticas en la criminalidad que el hombre con marcadas diferencias que van desde la forma de elección del delito, el tipo de participación y los medios por los que se llega al crimen. A lo largo de la historia del sistema penitenciario la mujer ha recibido un trato desigual, que va desde los aspectos generales en que solo se piensa que las penitenciarías son diseñadas y albergadas para el sexo masculino. En estos establecimientos penitenciarios, dentro de esos mismos muros carcelarios olvidados más que el mismo régimen, hoy en día criticado como alarmante o colap-

251 Señala Zaragoza Huerta, que los derechos al interior de la prisiones neoleonesas como en el resto de la república en la mayoría de los casos, la defensa de los derechos humanos en relación a las reclusas sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias, toda vez que se carece de instituciones adecuadas para salvaguardar sus derechos, es decir se deja a las internas en un completo abandono, olvidándose del mencionado fin primario de la prisión Mexicana en lo relativo a la reinserción social. **Zaragoza Huerta, José, y Belmares Rodríguez, Antonia.** “Los Derechos Humanos de las mujeres reclusas en el Estado de Nuevo, León. Ed. Porrúa, Pág. 5, México, 2009.

sado, es el olvido a la mujer delincuente. Esto invita a la reflexión y la búsqueda de respuestas que pueden ser abordadas por la investigación. ¿Cuál es el estado en el que se encuentran las mujeres en prisión carcelaria en Tamaulipas, ¿La educación que reciben las internas tamaulipecas actualmente se encuentra acorde a las necesidades de su contexto social? ¿La capacitación para el trabajo que recibe, es realmente una actividad remunerada para vivir una vez que egrese de la prisión?

La mujer en el espacio penitenciario

- **Panorama Nacional**

La mujer interna en los diversos centros penitenciarios nacionales ocupa una posición secundaria en entidad numérica en todos los aspectos, que varios académicos han denotado con anterioridad, pero en relación a la educación y la capacitación para el trabajo es necesario hacer un señalamiento más amplio. En el sentido de que los esquemas que se ofrecen para ello son más limitadores para la mujer que para el varón.

En México al igual que ha ocurrido en otras latitudes, la proporción de mujeres presas ha permanecido estable alrededor del 5% del total de la población penitenciaria mexicana, sin embargo se estima haber tenido un aumento acelerado más que el de los hombres, duplicándose la participación delictiva de las mujeres prácticamente sin rebasar claro, las cifras masculinas en prisión. Los datos actuales nacionales de hombre y mujeres en prisión a nivel nacional son: 254,108 Población total, de los cuales 241,159 son del género masculino y 12,949 del género femenino.²⁵²

El porcentaje de mujeres en las cárceles de México se han comportado en aumento con los datos siguientes para los años 2011 con el 4.6%, para el 2012 con el 4.7%, en el 2013 con el 4.8% y en lo transcurrido del 2014 con el 5.1% (SEGOB, 2014).

- **Panorama Estatal**

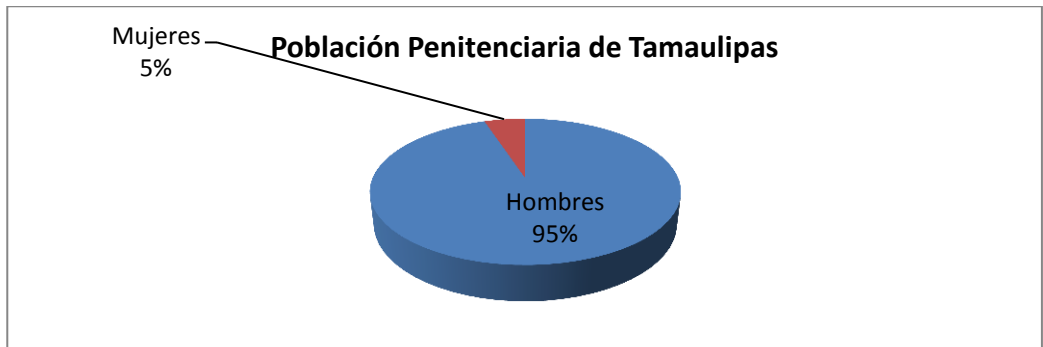
En Tamaulipas de la cifra de 6,099 internos de los Centros de Ejecución de Sanciones (CEDES), la mujer ocupa el 5.1% de la población en prisión que a pesar de ser minoría pudieran tener ventaja para la administración penitenciaria elevando los niveles de educación planeada y estructurada, ya que no representa un volumen para el control de la estrategia educacional. Pero estas brechas de oportunidad numérica no son aprovechadas. La población penitenciaria en las prisiones del estado tamaulipeco se distribuye en los (CEDES con una ocupación de 6,194 hombres y 287 mujeres.

252 Cifras actualizadas a Mayo del 2014, por el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social. http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?__c=1e478.

CENTROS PENITENCIARIOS	POBL.	POBL. MASC	POBL. FEM.	F. COM.	F. FDRAL.
TAMAULIPAS	6099	5788	311	250	61
CEDES Reynosa	1534	1455	79	72	7
CEDES Nuevo Laredo 2	1261	1201	60	51	9
CEDES Matamoros 2	919	879	40	28	12
CEDES Regional Altamira	1009	964	45	33	12
CEDES Cd. Victoria	1304	1219	85	64	21
CEDES Preventivo Tula	46	45	1	1	0
Granja Abierta De R. S.	26	25	1	1	0
CEDES Preventivo Cd. Mante (Cerrado)	182	185	3	3	0
CEDES Preventivo Miguel Alemán (Cerrado)	166	170	4	4	0

Fuente: (SSPF, 2014)

Población	N°	%
Masculino	5,788	94.90%
Femenino	311	5.10%
Total	6,099	100%

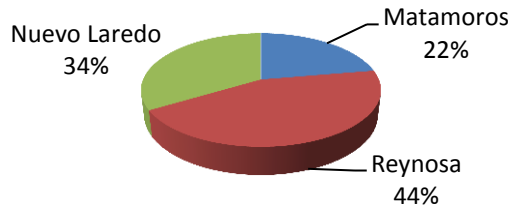


Fuente: (SSPF, 2014)

Centros Penitenciarios	Fuero Común	Fuero Federal	Total
CEDES Matamoros	28	12	40
CEDES Reynosa	72	7	79
CEDES Nuevo Laredo	51	9	60

Fuente: (SSPF, 2014)

POBLACIÓN PENITENCIARIA DE LA FRONTERA NORTE DE TAMAULIPAS

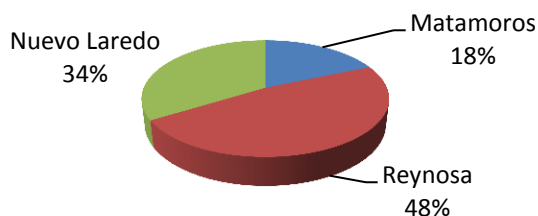


La población en los CEDES, donde prevalece el mayor número de mujeres en prisión, lo ocupa la ciudad de Reynosa, con un total de 79 mujeres internas que representan el 44% de la población penitenciaria del estado. Posteriormente el municipio de Nuevo Laredo con 60 mujeres reclusas ocupando el 34%, y por último la frontera de Matamoros con un total de 40 mujeres que constituyen el 22%.

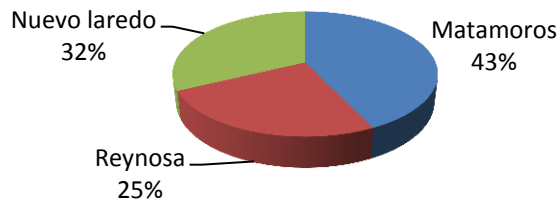
En la siguiente tabla se anexa la información relevante a las competencias delictivas por fuera para internas sentenciadas dentro de los (CEDES) de las fronteras norte de Estado: Tamaulipas de Matamoros, Reynosa y Nuevo Laredo.

Centros Penitenciarios	Fuero Común	Fuero Federal	Total
CEDES Matamoros	28	12	40
CEDES Reynosa	72	7	79
CEDES Nuevo Laredo	51	9	60

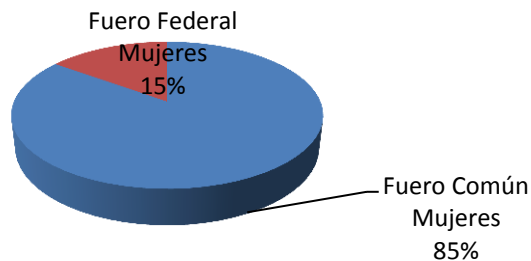
Delito Fuero Común Mujeres



Delitos Fuero Federal Mujeres



Proporción de Fueros

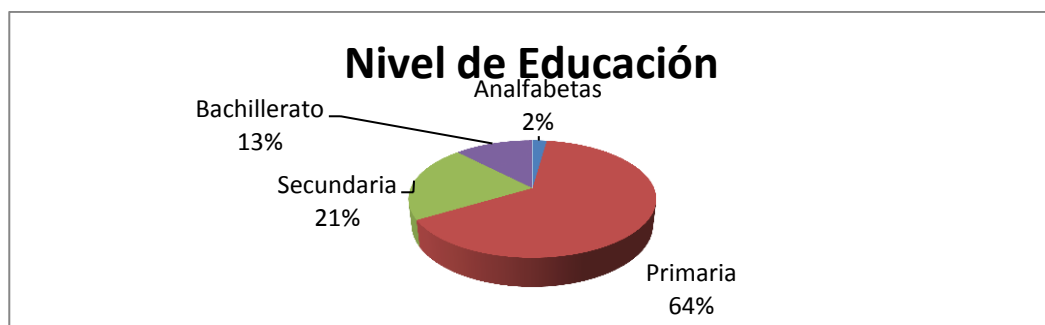


La Educación de la mujer en prisiones del Norte de Tamaulipas

El régimen penitenciario contempla el trabajo penitenciario y la educación²⁵³, pertinentes a lograr la reincorporación social del sujeto.

253 Desde las primeras décadas del siglo XIX en adelante la educación se integro a la finalidad declarada de la corrección del criminal en prisión, únicamente en su faceta de instrucción básica. La educación refiere **M. Sozzo** se supone que trasmite "sentido moral", "valores" al preso. Pero se presume que el preso instruido o educado tiene más posibilidades de integrarse a la vida social "honesta" a través de la obtención de un trabajo asalariado. Cita textual: **Sozzo, Máximo.** "Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y "prisión –deposito" en Argentina, en Revista latinoamericana de seguridad ciudadana N°.1, Quito, 2007. Pág. 89.

Nivel de Educación	N°
Analfabetas	4
Primaria	115
Secundaria	38
Bachillerato	22
Total	179



En este gráfico se puede observar que mayoría de las mujeres en prisión con el 64 % cuentan con grado máximo de estudios de primaria. Seguido de 21% de habilitación en secundaria, 13 % con Bachiller o Preparatoria y por último persiste el analfabetismo en un 2%.

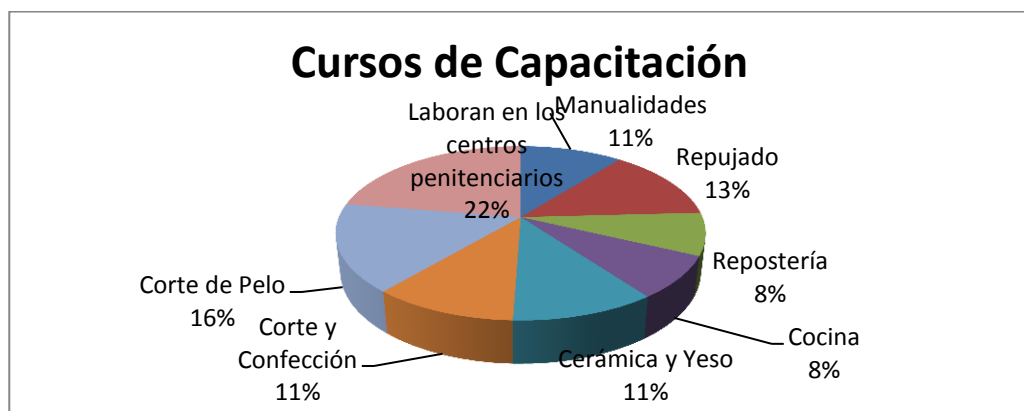
La Capacitación para el Trabajo de la mujer en prisiones del Norte de Tamaulipas

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, señala la importancia del trabajo penitenciario como un derecho y un deber de los internos.²⁵⁴ Ya desde “la era del gran encierro”, en referencia al texto de Foucault “Vigilar y castigar”. El trabajo está asociado a la corrección de aquello en secuestro que es preciso corregir. *“El trabajo de los presos puede generar adicionalmente remuneración económica. El trabajo en prisión presume instaura hábitos regulares, evita el ocio entre otros. Además de permitir al futuro trabajo asalariado en el cuerpo social”*. (Sozzo, 2007).

254 Artículo 18°. Párrafo 2. “ El sistema penitenciario se organizara sobre la base del trabajo la capacitación para el mismo, la educación, la salud, y el deporte como medio para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir , observando los beneficios que para el prevé la ley.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este apartado se detallan los cursos de capacitación para el trabajo que se llevan a cabo dentro de los establecimientos penitenciarios en el área femenil, son trabajos que limitan el adecuado sostenimiento fuera de prisión. En cuanto al hombre se hace la diferencia se le capacita en talleres y proyectos productivos como: carpintería, artesanía, electricidad, talabartería, labrado y manualidades²⁵⁵

Cursos de Capacitación	
Manualidades	19
Repujado	24
Repostería	14
Cocina	14
Cerámica y Yeso	19
Corte y Confección	19
Corte de pelo	29
Laboran en los centros penitenciarios	40
Total	179



255 Pagina de Gobierno del estado de Tamaulipas consultada en Noviembre del 2013. "Destacan Trabajo en Prisión" Gobierno del Estado de Tamaulipas.

Cursos de Actualización	
Inglés Básico	18
Computación	15
Total	33

Conclusiones

En lo referente al panorama nacional sobre la educación de la mujer en prisión donde se destaca la mayoría de estas cuentan máximo, con educación básica (primaria) y la existencia en la actualidad del analfabetismo prevalece también en las proporciones representativas de la población de internas Tamaulipecas. El porcentaje de Educación en las ciudades de la frontera que cuentan con nivel Primaria es 61 %, el 21 % con Secundaria, el 13% con bachillerato y el 2 % son Analfabetas. La mayoría de las entrevistadas refieren que no concluyen la educación básica antes de ingresar a prisión, debido a problemas de orden económico, en segundo lugar quienes desertan de la educación media básica, señalan el abandono por problemas de índole social, familiar y económica, refiriendo llegar a la maternidad en el tiempo que cursaban su educación. Sin embargo en el caso de las analfabetas prácticamente señalan la falta de oportunidades y espacios para el desarrollo de actividades escolares dentro y fuera de la prisión, la referencia en el 100 % de los casos que ocupan el analfabetismo proviene de hogares en marcada pobreza donde no existe lugar a la educación y solo al trabajo para subsistir. Lamentablemente las cifras nacionales con analfabetismo las ocupan mujeres indígenas, las reclusas en estudio dentro de la cifras de analfabetismo son originarias y habitan en la urbanidad de la frontera. Donde por la cercanía, la modernidad y el auge de las mismas pudieran pensarse que no existieran personas analfabetas, las internas habitaban en lo general por los municipios colindantes y cercanos a las fronteras de Reynosa, Matamoros y Nuevo Laredo en su gran mayoría. Situación que contradice el fin de la prisión *in primis: La cárcel no transforma a la interna, la institución no promueve programas de superación académica en la mujer, y tampoco motiva a acceder a ella la prueba de ello es que ninguna mujer ha logrado obtener su título universitario en confinamiento en estas ciudades fronterizas.* Se carece de programas transformadores en lo referente a la educación para la atención de los individuos en prisión pero un mas en las mujeres, Quienes llegan a concluir en prisión la educación media básica como el nivel más alto de habilitación académica, ya no continúan para cursar educación profesional o técnica. La educación que se imparte dentro de estos centros está a cargo del Instituto Tamaulipeco de Educación para Adultos (ITEA), la fecha de referencia es a partir de 1994, cuando era denominado (INEA).

La Capacitación para el trabajo que se practica como bien se ha señalado en las coincidencias de estudios de mujeres en prisión persiste reconfigurando su perfil de mujer ante una sociedad patriarcal, que las convierte en un ser con limitaciones sin permitir alcanzar mejores alternativas de vida. La capacitación que reciben queda lejos de las demandas contemporáneas y alejadas de alcanzar una remuneración digna, con las que se les permita forjar su sustento económico para ocuparse de la manutención de sus hijos. También se denota que muchas de ellas en los resultados preliminares prefieren trabajar en la misma construcción de las manualidades que le permiten vender dentro y fuera de la prisión para su manutención dentro del centro cabe recordar que muchas de las mujeres en prisión son abandonadas por su pareja o familiares .

También se señala que se confunden los ejes del tratamiento penitenciario de capacitación para el trabajo y el trabajo en prisión. Las manualidades que desarrollan las internas van desde las tradicionales a) Piñatas con costo al público \$100.00 pesos, b) Cuadro de rempujado con valor estimado de los \$90.00 pesos y como máximo \$250.00 pesos, c) La manualidad de construcción de lámparas de madera de hilo cometa con un costo \$250, d) Corte de cabello que oscila entre los \$25 y \$30 pesos, e) Las internas que se dedican a quehaceres doméstico como costura (bastillas) tiene un costo \$10.00 pesos, plancha de ropa \$5 pesos y lavado de ropa por pieza es de \$10.00 pesos y f) En la cocina, se preparan rollos de cajeta a \$150.00 pesos.

En los cursos que se imparten que se podrían relacionarse por capacitar a la mujer en el apoyo de actividades en el campo laboral, solo el 10 % de internas reciben cursos de inglés, y el 8.4 % clases de computación. No existe espacio para el desarrollo de actividades académicas, los espacios en talleres son compartidos con el sexo masculino. El área en la se practican actividades culturales, enseñanza, se realizan en el salón de usos múltiples. Existe un stand de libros pequeño y no se fomenta los círculos de lectura intramuros. Por lo tanto concluimos que requiere involucrar al sistema de educación superior y a las asociaciones de atención a la mujer y cámaras de comercio para generar un proyecto que lleve a la mujer a una verdadera resocialización

Bibliografía

- Avilés Q. El espacio comunitario de Islas Marías (1905-2008) Usos e implicaciones en la reinserción social. Ed. Lirio, México, 2013.
- Azaola E. "Prisiones para mujeres, un enfoque de género, programa interdisciplinario de estudios de la mujer". México, 1994.
- Baratta, A. "Criminología y Sistema Penal". (Compilación in memoriam), Argentina, 2004.
- Briseño, M. "Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión, México INMUJERES, México, 2006.
- Barron M. "Una sistema al sistema carcelario mexicano", Editorial INACIPE, México, 2002.
- Barron M. "El tratamiento penitenciario: el mito del discurso", en Revista CENIPEC, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas ¿Héctor Febres Cordero? Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, núm. 27, enero-diciembre 2008, págs. 11-43.
- _____. "Cárcel de Apodaca haciendo leña del árbol caído" en revista Penal del Instituto de ciencias penales (INACIPE) México. Número 2, Junio del 2012, págs. 60-76.

- Beccaria, C. "Dei delitti e delle pene", Italia, 1994. Beristáin Ipiña, A.: Futura política Criminal en las instituciones de readaptación social. (Derechos humanos de las personas privadas de la libertad). Secretaría de Gobernación, México 1999.
- Carbonell, M. "Neoconstitucionalismo" (S), España, 2005.
- Carrara, F. "Derecho penal." Obra compilada y editada, México, 1995.
- Cámara de diputados LX Legislatura. "Reforma constitucional de seguridad y justicia", México, 2008.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. "Compendio de Leyes de Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados y ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad en la República Mexicana", en Pineda, F. (Comp.): México, 1991.
- Carbonell, M. (Dir.) "Constitución Política de los estados unidos mexicanos". Comentada y concordada, Tomo. I, México, 2002.
- García Ramírez, S.: ¿Artículo 19? en VV.AA., Carbonell, M. (Dir.) "Constitución Política de los estados unidos mexicanos. Comentada y concordada", Tomo. I, México, 2002.
- García Valdés, C." Del presidio a la prisión modular", 3ª ed., Madrid, 2009
- Congreso de la unión. " Los derechos del Pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, México", 1949.
- Durkeheim, E.: "El suicidio", México, 2004.
- Kestermann, Zolondek, J. "Estudio internacional sobre el régimen penitenciario de mujeres". Evaluación, estudio de necesidades y mejores prácticas, Universidad Greifswald, 2005.
- Eraña Sánchez, M.: "Reforma penal y constitución en Sistema Penal", Ed. Especial, Agosto, 2007.
- Estadísticas, SSPF, Secretaria de Seguridad Pública Federal, México, 2011.
- Foucault, M. "Vigilar y castigar" Nacimiento de la prisión, México, 1976.
- Foucault, M. "La vida de los hombres infames", Argentina, 1996.
- _____ "Defender la sociedad." Segunda Ed. Trad. Pons, Horacio. Fondo de cultura económica. México. 2002.
- García Ramírez, S." Artículo 18" en VV.AA.
- García-Pablos de Molina, A. "Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos", España, 2005
- Garófalo, R. "Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión 2". Trad. Dorado montero, Pedro. Ángel Editor. México, 1999.
- Goffman, Erving. "Estigma: la identidad deteriorada" Ed. Amorrrotu, Buenos Aires, 2003.
- Jiménez de Asúa, L. / Oneca, A. "Derecho penal conforme al código de 1982", España, 1929.
- En Jiménez Bautista Francisco: Focult, Cárcel y mujer: El conflicto de la reincidencia, Revista humanidades N°20, España, 2013.
- Liszt Von, F. "La idea del fin del derecho penal", Colombia, 1998. Méndez Paz, L.: Derecho penitenciario, México, 2008.
- Mendoza Bremauntz, E. "El régimen progresivo técnico en el penitenciarismo mexicano en el año 2006", en Criminogénesis, Año 1, núm. 0, 2007.
- Muñoz Conde, F. "Derecho penal y control social". Temis. Col. Monografías Jurídicas. Núm. 98. Colombia. 2004.
- Neuman, E.: "Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica", Buenos Aires 1962. Neuman, E."Posibilidades y limitaciones de los establecimientos penales abiertos". En Revista michoacana de derecho penal, núm. 11, 1970.
- Neuman, E. "La ausencia del estado" México, 2007.
- _____ E /Irurzun, V.J." La sociedad Carcelaria". 3ª ed., Buenos Aires, 1990.
- Orellana Wiarco, O.A. "Manual de criminología", México, 2000.
- Orellana Wiarco, O.A. "La individualización de la pena de prisión", México, 2003.
- Paya, Victor. "Mujeres en prisión", Editorial UNAM, México, 2013.
- PEDT-2011-2016- Gobierno del estado de Tamaulipas, México, 2011.
- Palacios Pámanes, G.S. "La cárcel desde adentro: entre la reinserción social del semejante y la anulación del enemigo", México, 2009.
- PND-2006-2012. , "Gobierno de la República Mexicana", Págs. 24 y 2.5, México, 2006.
- Sánchez Galindo, A. "La restauración y la mediación en la justicia de menores", en Criminalia Academia de Ciencias Penales, 2005.
- SSPF. "Conferencia Secretaria de Seguridad Pública Federal", México, 2011. Vázquez Esquivel, E. "El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía". En Conocimiento y cultura Jurídica, Año 1, núm. 2, 2ª época, 2007. Villarreal Palos, A.: Culpabilidad y pena, México, 2001.
- Weber, M. "Economía y sociedad". Esbozo de sociología comprensiva. Segunda Ed. Trad.
- Wola-tni "Sistema sobre cargados leyes de drogas y cárceles en América latina" (P. Metaal C. Youngers edits.) Washington-Amsterdam.
- Yague Olmos, C. "Madres en prisión, historia de la cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal." Revista Española de Investigación Criminológica, Art. 4, Numero 5, España, 2007.
- Yague Olmos, "C. Ed. Comares", España, 2007.
- Zaffaroni, E. R. "El enemigo en el derecho penal", Argentina, 2007.

- Zaffaroni, E.R. / Alagia, A./ Slocar, A. "Derecho penal". Parte General, México, 2001.
- Zaragoza Huerta, J. "El nuevo sistema penitenciario mexicano", Editorial Tirant lo Blanch, México, 2012.
- Zaragoza Huerta, J. "Los derechos humanos de las mujeres reclusas en el estado de Nuevo León", Editorial Porrúa, México, 2009.
- Zaragoza Huerta, J. "Promulgar una ley federal penitenciaria", en VV.AA., (Torres Estrada. P. R./ Barceló Rojas, D.A: (Comps.) "La reforma del estado", México, 2008.
- Zaragoza Huerta, J. "El sistema penitenciario en México". México, 2009.
- Zaragoza Huerta J.:/ Barba Álvarez, R./ Prado Maillard J.L./ Carreto Guadarrama, D./ Montoya Villavicencio, M./ Martínez Gómez, E./García Barrio, A. "La introducción del juez de vigilancia penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano". En Revista electrónica Letras jurídicas, núm. 7, 2008.
- Zepeda Lecuona, J. "Los mitos de la prisión preventiva en México". En VV.AA., Cienfuegos Salgado, D. (Coord.): Política Criminal y justicia penal, México, 2007.

Consultas electrónicas

<https://www.acaip.es/>

<https://www.criminologia.net>

<http://www.ilanud.or.cr/>.

<http://www.informador.com.mx/mexico/2012/358631/6/requiere-sistema-penitenciario-reforma-profunda-diputados.htm>.

<http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/eje1/procuracionjusticia.htm>

<http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/index.html>

Las sanciones en la justicia penal juvenil de Panamá: entre garantismo y derecho penal del enemigo

Armando Padilla Zambrano

Sumario: 1. La modernización de la justicia penal en el Estado social y democrático de Derecho; 2. Excepcionalidad de la privación de la libertad v. inflacionismo penal; 3. El principio de proporcionalidad en la dosificación de la sanción; 4. La reivindicación de los derechos de igualdad en la aplicación de la pena; a. El debate sobre la sanción a imponer; b. El reconocimiento en la sanción del tiempo de detención provisional; c. La consulta en la justicia penal de adolescentes; 5. Conclusiones

La modernización de la justicia penal en el Estado social y democrático de derecho

En los últimos años, América Latina se ha visto abocada a un proceso de modernización de la justicia penal que se ha traducido en la adopción de nuevos códigos penales y procesales penales. Panamá no ha escapado a ello con la nueva legislación penal de 2007 y la instauración progresiva (y con atrasos) del sistema penal acusatorio, a las que ya les antecedía la Ley 40 de 1999 que aprobó el régimen especial de responsabilidad penal de adolescentes. Estos cambios han estado acompañados del propósito de constitucionalizar el proceso penal, es decir, materializar los principios constitucionales que han flotado sobre el ordenamiento jurídico, pero que aún no se habían cristalizado en normas de inferior jerarquía ni completamente en los actos mismos de individualización, como lo son las sentencias judiciales.

Dicho de otro modo, se trata de recortar las distancias entre Constitución y las leyes y, a su vez, estas con las decisiones judiciales. La existencia de estos espacios recuerda la clásica distinción lowensteiniana de constituciones fachadas y garantistas. Las primeras son aquellas cuyos derechos son letra muerta y sus postulados quedan en simple retórica porque no son efectivas ante los factores reales de poder y sirven más bien para dar un manto de legitimidad a un sistema que solo es democrático formalmente; mientras que las segundas serían aquellas que “garantizan” los derechos, no solo en el sentido de recogerlos dentro de un catálogo concreto sino que entiende como necesaria su eficacia, a partir de lo cual se pretende una verdadera democracia sustancial.

Entonces, nos surge la pregunta obligada: ¿que tanto nos ha acercado este proceso de transformación jurídico-penal a la Constitución? Y, más específicamente, ¿las penas en la legislación penal juvenil son conformes a la Carta Magna? ¿Las penas que

aplican los jueces sobre las personas menores de edad se corresponden con las directrices constitucionales?

Estas interrogantes obligan a tener muy claro cuál es la ideología del Estado de Derecho y sus principios rectores porque la legitimidad de los jueces descansa precisamente en su adhesión a la decisión soberana del constituyente que, además, se encuentra arropada por el derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre el particular, desde los datos que nos ofrece el Preámbulo de la Constitución (al consignar valores como la dignidad humana y la justicia social), así como su parte dogmática, se desprende que el aparato estatal debe perseguir la modificación social, a través de la satisfacción de derechos sociales y el ofrecimiento de oportunidades que faciliten al individuo explotar sus potencialidades y cumplir sus propósitos de vida. Lo anterior, dentro del marco del respeto de las libertades y desde formas que impidan la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

Precisamente, como una proyección de este modelo, nuestra Constitución fue sensible al walfetismo penal que entiende que el delincuente es perfectible y que su redención es posible con tratamientos dirigidos a su reinserción social. Más aún, la Constitución toma clara posición respecto al eterno conflicto entre prevención general v. prevención especial al decantarse por esta última. Desde el lenguaje constitucional, la defensa social y la protección de intereses colectivos por medio de la retribución penal no prevalecen sobre los derechos que tiene el individuo menor de edad a ser transformado en una persona nueva. Sólo basta darle lectura al último párrafo del artículo 28 de la Constitución para darse cuenta de ello: *“Los detenidos menores de edad estarán sometidos a un régimen de custodia, protección y educación”*.

Por si fuera poco, y por efecto del axioma *pacta sunt servanda* y a la noción de que los derechos consagrados en la Constitución siempre han de considerarse como mínimos y no excluyentes de otros, especialmente, de aquellos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, el marco de los principios rectores de la justicia penal juvenil se amplía con la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta simbiosis, dicho instrumento ocupa un papel significativo porque sienta las bases que han de regir cualquier intervención jurídico-penal y que ha de privilegiar, entre otros principios, el carácter excepcional de la privación de libertad.

Estos principios orientadores han de ser tenidos muy en cuenta por el juez al momento de aplicar la sanción dado el estado actual de la contra reforma penal. El aumento de la delincuencia (sea real o ficticia) ha justificado que se exija neutralizar a los delincuentes mediante la prisión o más bien la encarcelación en masa. Desde esta óptica, la prisión garantiza que el detenido no sea más una amenaza social (en el argot policíaco *“se les saca de circulación”*) y se reclama que estos individuos *“distintos a nosotros”* sean sometidos a un proceso carente de ciertas garantías básicas, pues sus derechos no son otra cosa que tecnicismos que impiden el éxito de la lucha contra la delincuencia y la impunidad. Entonces, se ve como una dicotomía insuperable seguridad v. garantías. Por tanto, en el plano infraconstitucional, es decir, a nivel legislativo y en la jurisprudencia se han introducido concepciones que colisionan con el techo ideológico delimitado por la Constitución. Estas concepciones claramen-

te reflejan el llamado *derecho penal del enemigo*, que promueve la separación entre los derechos de los ciudadanos de aquellos que pretenden la destrucción del orden jurídico. Y dado que los enemigos del discurso de la seguridad son por excelencia los menores de edad, entonces, a estos se les suprime ciertos derechos y garantías básicas y se exige aplicarles penas desproporcionadas, ejerciendo en su contra un claro derecho penal de autor y no del acto.

Es, precisamente, en el acto de aplicación de la sanción cuando se ve con mayor crudeza la tensión entre el Estado social y democrático de derecho y los postulados del *derecho penal del enemigo*, entre la prevención especial y la prevención general, entre garantismo y defensa social.

Excepcionalidad de la privación de la libertad v. inflacionismo penal

En el ámbito de la justicia juvenil, prevalece la idea de un derecho penal mínimo. Es decir, que el derecho penal que se construya tutele bienes jurídicos pero minimizando el ejercicio de la violencia arbitraria de la sociedad. Se persigue evitar que el derecho penal se siga utilizando contra grupos sociales vulnerables. Además, la intervención mínima impide que se produzcan efectos contraproducentes sobre los adolescentes. Y es que la prisión es una forma de control social que puede resultar perjudicial, porque al ingresar a un adolescente en el circuito penal, los efectos que conlleva pueden ser un obstáculo en el proceso de reintegración a la sociedad y más que interrumpir el ciclo de la delincuencia puede potenciar la reincidencia.

Por estas razones, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que *“La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado esta disposición advirtiendo que erróneamente se cree que delitos graves deben llevar aparejadas penas graves, cuando en realidad la Convención significa que puede recurrirse al encarcelamiento sólo cuando no exista otra forma de brindar al adolescente la protección que necesita, y la frase *“durante el período más breve que proceda”* significa que debe procurarse aplicar otras medidas distintas a la pena de prisión.²⁵⁶

El texto original del régimen especial para adolescencia consagrado en la Ley 40 de 1999, recogía estas orientaciones: la prisión no era obligatoria, ni siquiera aún en los llamados delitos graves, de modo que las sanciones socioeducativas eran posibles para un amplio espectro de delitos.

Sin embargo, las constantes reformas legislativas que se han producido en los últimos años han alejado al régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia de estas directrices y han dado cobijo al inflacionismo penal. Hoy día, la ley obliga al juez a imponer la sanción de prisión en la casi totalidad de los delitos que

256 Unicef. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Suiza, 2001, pág. 518.

comúnmente se le atribuyen a adolescentes y, consecuentemente, se ha invertido la regla de la excepcionalidad de la privación de libertad.²⁵⁷

Salta a la vista que la sanción socioeducativa de “*amonestación*” sobre los adolescentes fue derogada a partir de la Ley 6 de 2010, lo que contrasta con el Código Penal que, para los adultos, sí contempla la sanción de “*reprensión pública o privada*” (ver artículo 102 ídem). Evidentemente, esta distinción constituye un claro ejemplo de trato discriminatorio en perjuicio de los adolescentes.

Sobre este punto, desde el año 2004, el Comité de los Derechos del Niño había expresado su preocupación porque el Estado panameño no había hecho lo suficiente para revisar su sistema de administración de justicia de menores para que se ajuste plenamente a la Convención²⁵⁸ y más recientemente, en el 58° período de sesiones, el Comité recomendó a Panamá restituir las sanciones socioeducativas y revocar el aumento de la pena de prisión²⁵⁹, sin que a la fecha haya habido iniciativa alguna que nos aproximen a dichas recomendaciones muy a pesar que el Estado panameño debe rendir su próximo informe periódico a más tardar el 10 de julio de 2016.

No olvidemos que aunque el legislador puede tipificar delitos e imponer penas restrictivas de la libertad, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas, ya que si bien el legislador tiene un extenso margen de acción, el poder público no puede desatender las exigencias de la proporcionalidad, principio que prohíbe que las medidas que adopte el legislador sean excesivas.²⁶⁰ Peor aún si el exceso consiste en que el modelo legal contradiga el paradigma reconocido constitucionalmente. Y, sobre este punto, el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece claramente que “*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas*” (subrayado nuestro).

Esta antinomia entre Convención y legislación podría eventualmente ser superada a través del control de la convencionalidad, es decir, por medio de la obligación de los jueces y magistrados de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican a casos concretos con la Convención Americana de Derechos Humanos, con otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos y con los patrones interpretativos de la Corte Interamericana.²⁶¹ Desde la aplicación de esta doctrina por parte de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y el caso *Gelman vs. Uruguay*, los jueces y magistrados están empoderados para hacer prevalecer el derecho internacional de los derechos huma-

257 En el texto original de la Ley 40 de 1999, se decía que la reclusión “podrá” ser aplicada por el juez; pero desde la Ley 6 de 2010, se modificó dicha facultad para textualmente decir que el juez “sancionará” con prisión en un Centro de Cumplimiento un listado de delitos que comprende casi la totalidad de delitos atribuidos a adolescentes que son llevados a juicio.

258 CRC/C/15/Add.233. Comité de los Derechos del Niño, 36° período de sesiones, punto 60.

259 CRC/C/PAN/CO/3-4. Comité de los Derechos del Niño, 58° período de sesiones, 19 de septiembre a 7 de octubre de 2011, punto 78.e.

260 Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad de la legislación penal* en Argumentación Jurídica, coordinador Miguel Carbonell. Editorial Porrúa, México, 2011, p. 209.

261 Víctor Bazán. *El Control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. El Control de Convencionalidad. Fundación Konrad Adenauer. Colombia, 2012, pág. 24.

nos sobre el derecho interno que le sea incompatible. Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Lóor vs. Panamá recordó a los jueces panameños que están obligados a realizar tal ejercicio, por lo que el control de la convencionalidad es una auténtica posibilidad para superar las contradicciones de la legislación nacional con el derecho internacional, en particular, en lo concerniente a hacer valer el principio del carácter excepcional de la privación de la libertad sobre los adolescentes contenido en los antes citados instrumentos internacionales.

El principio de proporcionalidad en la dosificación de la sanción

En el texto original de la Ley 40 de 1999, la sanción de prisión tenía una duración máxima de cinco (5) años; incluso, el intervalo penal sólo contemplaba tiempos máximos de duración pero no mínimos, dado el carácter excepcional de la prisión y a que debe ser aplicada “*durante el plazo más breve que proceda*”. Pero, la reforma penal a nivel legislativo no solo tasó como obligatoria la prisión para la mayoría de los delitos atribuidos a los adolescentes, sino que también fijó mínimos de duración de la prisión²⁶² e incrementó el tiempo de las sanciones para todos los delitos, en particular el homicidio, penado ahora hasta con doce (12) años de prisión. Se percibe, por tanto, un trasfondo retribucionista y de defensa social.

No hay que olvidar que estos criterios preventivos generales (los del intervalo penal) nada tienen que ver con los problemas y necesidades concretas del autor y que, en abstracto, tal como advierte Francisco Muñoz Conde, una pena sobre un individuo puede ser excesivamente larga, contraproducente o innecesaria para el adecuado tratamiento, de forma tal que su carácter “defensista e intimidatoria” contradice su propósito resocializador.²⁶³

Por tanto, hoy día, el juez debe fijar la sanción dentro de los respectivos mínimos y máximos establecidos por la ley, pero consideramos que no en base al populismo penal, sino aplicando criterios propios de un Estado social y democrático de Derecho, en particular, del *principio de proporcionalidad*.

En este test, el juez debe constatar la *idoneidad* de la sanción a imponer. Es decir, que el monto de la pena fomente un objetivo constitucionalmente legítimo. Las penas excesivas no son idóneas precisamente por su carácter ilegítimo. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que es abiertamente ilegítima toda pena que sólo tenga como propósito deliberado causar dolor al delincuente²⁶⁴. A propósito, los jueces deben repudiar la idea que la pena tiene como objetivo infligir un mal para cancelar el mal del delito ya que, por el contrario, deben promover con la pena la reinserción familiar y comunitaria y realizar ese fin último, cual es *el interés superior del adolescente*.

262 Desde la Ley 6 de 2010 se introdujo tiempos de duración mínima de la pena de prisión.

263 Francisco Muñoz Conde. La prisión en el estado social y democrático de derecho. Cuaderno Vasco de Criminología, N° 2, Extraordinario, octubre de 1989, pág. 169.

264 Sentencia T-596 de 992.

También el quantum de la pena ha de ser *necesario*. Esto es, que no debe existir ningún otro medio alternativo que permita alcanzar el objetivo propuesto. Hay, por tanto, una prohibición de restringir vanamente la libertad en caso que exista otro medio igualmente idóneo²⁶⁵. Ya sabemos que en este momento nuestra legislación considera que la prisión es una pena casi que obligatoria para todos los delitos atribuidos a adolescentes que son llevados a juicio, pero debe ponderarse la aplicación de un monto que permita la aplicación de los subrogados consagrados en la legislación penal ordinaria. De modo tal, que si es necesario, se pueda sustituir la prisión por sanciones de otra naturaleza, tal como lo manda el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Regla 18 de Beijing.

Por demás, debe haber *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho para el logro del fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.²⁶⁶ O sea, el objetivo de la intervención debe ser equivalente al grado de la afectación de un bien jurídico. Si la afectación al bien jurídico ha sido mínima, entonces, la sanción no puede ser invadir en exceso la libertad del adolescente. Esto es lo que se llama lesividad: la sanción debe ser proporcional al daño o amenaza causado por la conducta delictiva.²⁶⁷ Así, por ejemplo, no sería proporcional una sanción de prisión máxima o sin posibilidades de aplicar un subrogado contra un adolescente declarado responsable por un delito de robo en el que no se empleó violencia física y no se produjo lesión patrimonial alguna.

La reivindicación de los derechos de igualdad en la aplicación de la pena

Muy a pesar que en virtud del principio de igualdad, los adolescentes deben gozar de los mismos derechos y garantías que consagra la Constitución Política y las leyes en la jurisdicción penal ordinaria²⁶⁸, se encuentran en determinadas circunstancias, paradójicamente, en peores condiciones normativas que los adultos.

a. El debate sobre la sanción a imponer

En el sistema penal acusatorio existe la posibilidad de segregar el debate de la culpabilidad o inocencia del de la individualización de la sanción. En efecto, en primer lugar, el juicio oral consiste en el debate sobre la acusación y la teoría del caso de cada una de las partes y para lo cual tienen la oportunidad de practicar pruebas ante la autoridad jurisdiccional; una vez cerrado los alegatos y que el tribunal de juicio haya

265 Carlos Bernal Pulido. Ob cit. pág. 211.

266 César Augusto Londoño Ayala. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, p. 55.

267 La ley 40 de 1999 con sus reformas lo consagra en el Artículo 16 numeral 12 y Artículo 126 numeral 2. Al mismo tiempo, las Reglas de Beijing lo dispone expresamente en la regla 17.1.

268 Artículos 15 y 16 del texto único de la Ley 40.

deliberado y pronunciado el fallo, si es condenatorio y si las partes lo solicitan, se abre inmediatamente otro debate, para examinar la individualización de la pena y la cuantificación de la responsabilidad civil, si procediera. Es más, en dicho debate se permiten pruebas produciéndose otro contradictorio sobre otra temática (artículo 426 de la Ley 63 de 2008). Este debate también se da cuando se trata de juicios con jurados, ya que después que se pronuncia el veredicto de culpabilidad, el juez fija dentro de los tres días siguientes una audiencia para debatir lo relativo a la individualización de la pena (artículo 450 ídem).

Pero, como es sabido, en el proceso penal de adolescentes, el debate sobre la pena se realiza conjuntamente con el de responsabilidad (artículo 111 de la Ley 40 de 1999). Este diseño estropea el contradictorio. Para la fiscalía, que solicita a oscuras una pena sin conocer aún por cuál de los delitos que se imputan al acusado ha sido declarado culpable. Y, para la defensa, que después de presentar una teoría del caso absolutoria, lo ubica en la encrucijada de solicitar una pena benigna o simplemente no pedir ninguna sanción específica.

Siendo así, ¿podría aplicarse supletoriamente las reglas del sistema acusatorio, sobre este punto, en el ámbito territorial donde esté vigente? Si aplicamos el principio *pro homine*, no vemos inconveniente alguno.²⁶⁹ De acuerdo a este principio, debe prevalecer la norma o interpretación que mejor tutele los derechos fundamentales, criterio que predomina sobre cualquier otro, como el de la especialidad, el jerárquico o el cronológico. El principio *pro homine* consiste, en efecto, en acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones a derechos.²⁷⁰ Conviene señalar que este principio está recogido de forma expresa por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que siendo así, sería conforme al derecho internacional el desglose del debate entre culpabilidad y sanción.

b. El reconocimiento en la sanción del tiempo de detención provisional

Al aplicar la sentencia, el juez debe reconocer el tiempo que el adolescente ha permanecido detenido provisionalmente para efectos del cómputo. Sin embargo, sobre este particular, debe indicarse que desde el Código de la Familia de 1995, se prohibió

269 En reciente fallo del 5 de febrero de 2014, la Corte Suprema de Justicia, al resolver una demanda de habeas corpus, sostuvo que no todo el contenido de la ley 63 de 2008 es perfectamente aplicable en la jurisdicción penal de adolescentes dado que instituciones, como el juez de garantías, no se encuentran establecidas en esta jurisdicción especial, lo que es más que dudoso dado que el artículo 21 numeral 2 de la Ley 40 consagra que el juez penal de adolescentes hace las veces de juez de garantías en lo que se refiere a restricciones de derechos fundamentales. Más aún, salvo la facultad para ordenar medidas cautelares, la Ley 40 no le otorga ninguna competencia al Fiscal para restringir derechos.

270 Mónica Pinto. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en "La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales", Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163.

las llamadas medidas tutelares indeterminadas, en especial, la privación de libertad por tiempo indefinido²⁷¹ y en la ley 40 de 1999, al consagrar el nuevo estatuto para la justicia penal juvenil, se estableció expresamente que las medidas cautelares que implicaban privación de libertad no admitían prórroga.²⁷²

Lo anterior porque las detenciones indeterminadas violan el principio según el cual estas deben aplicarse “*durante el período más breve que proceda*”, consagrado en el ya citado varias veces artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y, además, porque el derecho a la libertad personal contenido en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone lo siguiente:

“Toda persona detenida o retenida, debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”

Sin embargo, con la Ley 32 de 2010 se introdujo una contra reforma que contradice estas máximas al consignar en su artículo 8 que “*La detención provisional tendrá un plazo máximo de nueve meses improrrogables, salvo que se trate de delito de homicidio doloso, caso en el que la detención podrá mantenerse hasta que concluya el proceso.*” Tan grave es el alcance de esta modificación que nos retrotrae al régimen tutelar de la Ley 24 de 1951. Este escenario ofrece una clara oportunidad para que los jueces y magistrados ejerzan el control de la convencionalidad sobre el derecho interno y hagan prevalecer la Convención Americana de Derechos Humanos sobre cualquier norma interna que la contravenga, impidiendo detenciones preventivas por tiempo indefinido.²⁷³

El punto es que al momento de definir la pena, el juzgador debe reconocer el tiempo que el adolescente ha estado sometido de forma indefinida a detención provisional.²⁷⁴

c. La consulta en la justicia penal de adolescentes

En la justicia penal juvenil funciona un grado de competencia de la segunda instancia que le permite examinar, oficiosamente, los procedimientos del juez *a quo*. Esta

271 Cfr. artículo 545 del Código de la Familia

272 Cfr. artículo 63 del texto original de la Ley 40 de 1999.

273 Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en el citado fallo del 5 de febrero de 2014, sostuvo que los jueces pueden modificar y aumentar el período de detención provisional hasta la conclusión del proceso en los delitos de homicidio doloso, decisión que está revestida de legalidad. En nuestra opinión, la decisión impugnada si bien es legal, no es convencional.

274 Por el principio *pro homine*, también debe reconocer el tiempo de aplicación de medidas cautelares según las reglas consagradas en el artículo 232 de la Ley 63 del sistema acusatorio.

atribución está consagrada en el artículo 24 numeral 4 d de la Ley 40 al decir que el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia es la autoridad competente para: “*Confirmar, revocar o modificar las sentencias en consulta que impongan sanción de prisión de tres o más años*”. Y, aplicando supletoriamente el artículo 1148 del Código Judicial (incluida en el libro de procedimiento civil), se ha interpretado que cuando ambas partes hayan apelado o exista prevista la consulta para la que no apeló el superior puede resolver sin limitaciones, lo que puede implicar el agravamiento oficioso de la sanción.

Esta institución, dada su inexistencia en la jurisdicción penal ordinaria, es abiertamente discriminatoria contra los adolescentes menores de edad; también es contraria al principio *pro homine* del que nos hemos referido en líneas anteriores y aún más al principio de no reformatio in pejus. Ya en sentencia del 3 de septiembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que con la legislación vigente en aquella época, la segunda instancia solo podía confirmar o revocar la decisión del juez a quo, mas no modificarla aumentando la pena.

Cuando la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que dentro de las garantías judiciales se encuentra el derecho de toda persona a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial, se refiere sin duda específicamente al rol del juez. Ya dice Juan Montero Aroca que juzgar y acusar son funciones diferentes y que es algo tan obvio que ni siquiera existe una norma constitucional que la recoja expresamente, es algo que está implícito: si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.²⁷⁵ Esta modalidad de la segunda instancia escapa al contradictorio y a la congruencia, pues permite decidir sobre puntos no debatidos o, peor aún, sobre los que no hubo discrepancia, ubicando al juez en un papel institucional no acorde con las expectativas de una justicia democrática.

Conclusiones

Visto lo anterior, podemos arribar a un conjunto de conclusiones. La primera de ellas es que la aplicación de la pena no es un acto mecánico ni es fruto de una rutinaria operación aritmética. Es mucho más que el recuento repetitivo de los llamados aspectos objetivos y subjetivos descritos en el artículo 79 del Código Penal. Es un ejercicio argumentativo en donde los jueces y magistrados están obligados a utilizar como elementos de su razonamiento los postulados del Estado social y democrático de Derecho. La Constitución le exige su adhesión ideológica. Les demanda abandonar toda atadura con el derecho penal del enemigo y su más cercano compañero de andadas, como lo es el modelo inquisitivo.

275 Juan Montero Aroca. *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político* en Prueba y Proceso Penal, Coord. Juan Luis Gómez Colomer, Tirant to Blanch, Valencia 2008, p. 30

En este ensayo hemos demostrado que las personas menores de edad pueden enfrentar peores condiciones de juzgamiento en comparación con los adultos. Por ello, al aplicar la sanción en la justicia penal juvenil, a los jueces y magistrados se les debe escuchar un lenguaje democrático que materialice los principios de excepcionalidad de la privación de libertad; de igualdad de derechos respecto a las personas adultas; del *pro homine*; e, incluso, que ponga en marcha el control de la convencionalidad, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha indicado a la judicatura panameña en el caso Velez Llor vs. Panamá. La satisfacción periódica de estos principios nos permitirá reconocer que, ante la delincuencia juvenil, tenemos una verdadera Constitución garantista y no de fachada.

La acción civil derivada del delito y el derecho de la víctima a exigir la indemnización y reparación del daño en el nuevo sistema de justicia penal panameño

David Elio Cuevas González²⁷⁶

Sumario: 1. Introducción, 2. Noción de Responsabilidad Civil, 3. Definición, 4. Clases de Responsabilidad Civil, 5. Clases de responsabilidades según la Ley Penal, 6. Fases de ejecución e investigación, 7. Procedimientos en la reparación de los daños y perjuicios, 8. Comparado, 9. Bibliografía.

Introducción.

El tratamiento procesal de la acción civil en el nuevo Código Procesal Penal panameño es un tema importante que requiere ser abordado para conocer los avances que la nueva normativa comienza a producir. Desde una perspectiva de derechos humanos, este artículo pretende visibilizar los avances que se han logrado en el nuevo sistema penal de justicia panameño, en cuanto al derecho de la víctima a ser indemnizado.

En las siguientes páginas veremos los contenidos conceptuales y relevantes de la acción civil; comentaremos sobre la nueva denominación de la acción civil (restaurativa) en el nuevo Código Procesal Penal y los puntos más relevantes de la novel reglamentación de cara a lo que ha sido una tradición muy arraigada en la cultura jurídica nacional, a saber, el ejercicio de esta acción dentro del respectivo proceso penal. Tradición, que conforme a las modernas tendencias de un proceso penal liberal y humanista, conocido como Sistema Acusatorio, debiera comenzar a cambiar.

Noción de responsabilidad civil

En las actividades, vida y desenvolvimiento de las relaciones entre los hombres, la responsabilidad que tiene cada individuo en la sociedad juega un papel fundamental y es impuesta por normas de orden público, desde su nacimiento hasta el momento

276 Licenciado en Letras en Derecho por la Universidad Rusa de la Amistad de los Pueblos, con una Maestría en Adaptación Social y Postgrado en Docencia Superior por la Universidad Especializada de las Américas. Doctorando del Programa de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Socio Fundador de la Firma de Abogados David Cuevas & Asociados.

E-mail: dcyasoc@cwpanama.net

de su deceso. Se logra con la imposición de derechos y deberes que se tiene ante las distintas actuaciones del individuo dentro de la sociedad. La responsabilidad tiene su origen del vocablo latín “responsos” que corresponde al pasado participio del verbo “responderé” que se puede asimilar al concepto “responder por un acto”, que en otras palabras significa hacer surgir una obligación por un hecho dado.

Sus inicios son remotos y si se mira desde un punto de vista lógico; la responsabilidad existió desde la edad antigua; desde el punto de vista histórico, por diversas etapas, resaltando que esta aparece en las llamadas *Institutas de Gayo*: 3.183.209, que la definía como “una acción penal, que conlleva, además de la sanción penal, una indemnización al perjudicado ascendente al cuádruplo del valor de la cosa sustraída”.²⁷⁷ Como tal, se identifica en la actualidad, como la respuesta o la reacción del ordenamiento jurídico ante la inseguridad material existente, inseguridad que se inicia, sin duda alguna, con la revolución industrial, que se fraguó a mediados del siglo anterior y que trajo como naturales secuelas grandes convulsiones en la vida social por la aspiración de nuevos inventos y una mayor intensidad de las relaciones humanas, que desde luego desembocaron en un aumento de situaciones riesgosas capaces de producir acontecimientos dañosos de distintas proporciones y distinta naturaleza.

La responsabilidad civil se da cuando la persona que ha causado el daño tiene la obligación de repararlo como era originalmente o por algo equivalente que normalmente se da mediante el pago de una indemnización por el perjuicio ocasionado. En términos generales, la responsabilidad civil consiste en la obligación de reparar el daño que una persona le cause a otra injustificadamente. Se trata de un acto ilícito, cuyas consecuencias se imponen al sujeto de derecho y cae bajo el supuesto de la norma jurídica, que manda no causar daño a otro por ser su conducta contraria al ordenamiento jurídico. Dicha ilicitud o voluntad imperativa de la ley surge como una conclusión ineludible de haber violado un circuito jurídico ajeno mediante la comisión de un acto positivo o mediante la omisión de una conducta exigible en una norma jurídica, con la sanción correspondiente de reparar prevista por el propio ordenamiento positivo.

Al asumir las consecuencias de una acción o una conducta entre dos individuos en donde una es la parte agraviada por el hecho y la otra es la, que como consecuencia del daño causado, debe de manera correlativa, resarcir al perjudicado. Debemos destacar que en todos los casos la responsabilidad civil se desarrolla sobre la base de una obligación de reparación; es por ello por lo que se dice que “es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro, y no es responsable quien, a pesar de haber causado daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo”.²⁷⁸

Jurídicamente podemos señalar que el término responsabilidad consiste en la obligación que tiene una persona a responder ante el daño que le ha causado a otra.

277 Bulté, Julio Fernández. *Manual de Derecho Romano*. Editorial Félix Varela. México, 2006, p. 195.

278 Valencia, Arturo. *Derecho Civil*. Editorial Temis, Tomo 111. Bogotá, 1979, p. 202.

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad civil está regulada en Libro IV titulado *De Las Obligaciones en General y de los Contratos del Código Civil*, comprendiéndose este tema específicamente en los Artículos 973 que señala cual es el nacimiento de las obligaciones al 977, y que simultáneamente refiere las disposiciones del Artículo 978 que señala también las que deriven de actos u omisiones en donde intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedaran sometidas al Capítulo II del Título XVI del mismo Libro específicamente los Artículos 1644 a 1652 del Código Civil.

Definición

La responsabilidad es una palabra que abarca una diversidad de ideas y es difícil tener un concepto claro y preciso al respecto; mencionaremos algunas definiciones que nos brindan una orientación precisa al respecto. Para comenzar podemos afirmar que la responsabilidad civil es fuente de obligaciones, ya que exige que el que ha causado un perjuicio a otro repare el daño mediante la indemnización pecuniaria.

Según el autor Carlos Villanueva Soles, la responsabilidad civil “consiste en estar obligado a indemnizar el daño que se ha inferido a otro, ya por el hecho de haber cometido un delito o cuasidelito civiles, ya por no haber cumplido imperfectamente una obligación o por haber retardado su cumplimiento y por último, en forma excepcional, por no haber cumplido una obligación legal de carácter civil”.²⁷⁹ Otro punto de vista es el esgrimido por Guadalupe Ramos, al señalar que la responsabilidad civil “siempre supone la relación de dos personas, una de las cuales ha causado el daño, al paso que la otra lo ha soportado, siendo la responsabilidad la consecuencia jurídica de dicha relación de hecho, por manera que corresponde al causante del daño repararlo, y de manera correlativa el perjudicado ostenta el derecho a ser resarcido”.²⁸⁰

La relación y consecuencia jurídica de esta figura, presenta como definición, una responsabilidad del sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable aquel que cause daño y no está obligado a repararlo. En síntesis, podemos señalar, que la responsabilidad civil es un instituto en virtud del cual la voluntad de las partes o la ley disponen u obligan al sujeto que ha causado daño a otro, a resarcir o reparar a la víctima de ese daño pecuniariamente.

Clases de responsabilidad civil

Responsabilidad civil contractual

Esta responsabilidad, nace con el incumplimiento de un contrato, el cual es concebi-

279 Villanueva Soles, Carlos. *Derecho procesal penal*. Editorial Griley, Tomo I, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002, p. 104.

280 Ramos, Guadalupe. *Derecho Penal General*. Editorial EMPES. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, 1999, p. 95.

do como una norma de forzoso cumplimiento entre las partes del acto jurídico, es decir, ley entre las partes, los cuales se comprometen a cumplir con las disposiciones que acordaron voluntariamente y en el caso de no satisfacer las obligaciones, se debe indemnizar aquél que si cumple con lo pactado por los daños sufridos. Para sustentar este planteamiento, se cita taxativamente, el Artículo 974 y 976 del Código Civil, en donde se regula el contrato entre las partes, determinándose en el Artículo 976 de nuestro Código Civil, lo siguiente:

“Artículo 974. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.²⁸¹

Estos artículos y disposiciones jurídicas, hacen proponer que la “responsabilidad civil contractual proviene de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío de una obligación que del emana”.²⁸² Fundamentalmente, cuando señala que para que la responsabilidad civil contractual exista, “tiene que concurrir un vínculo entre dos partes”,²⁸³ en donde uno quebrante las normas de interés privado, acordadas. De darse el incumplimiento en otra esfera se estaría bajo otro tipo de responsabilidad civil extracontractual, más adelante explicada.

La responsabilidad civil contractual es de carácter exclusivamente civil, “ya que se da el menoscabo de un interés económico patrimonial”,²⁸⁴ por el daño ocasionado con el incumplimiento de lo establecido en el contrato causando un perjuicio a la otra parte. En este tipo de responsabilidad, el incumplimiento de lo pactado en el contrato, que es ley para las partes, no es necesario probar ninguna actuación por el autor del daño, pues se presume su falta, con sólo darse el incumplimiento. Podemos colegir con lo señalado, que la responsabilidad civil contractual es la obligación de asumir las consecuencias derivadas del acto o conducta, que implica la violación de un deber regulado por la autonomía de las partes.

Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual es concebida como la obligación de reparar los daños causados a una persona, por no cumplir con una norma que tiene un carác-

281 Código Civil de la República de Panamá. Panamá, 2009, Artículo 974 y 976.

282 Ramos, Guadalupe. *Derecho Penal General*. Op. Cit., p. 99.

283 *Ibidem*.

284 *Ibidem*.

ter general. Desde el punto de vista de su fundamento puede ser subjetiva y objetiva. Para los que siguen los planteamientos en cuanto a su subjetividad, se considera, que es cuando el daño que se produce por un acto que da lugar a una indemnización, “pero para que se dé ésta es necesario probar que este individuo actuó con dolo o culpa y para los partidarios que encuentran su fundamento en el aspecto objetivo”,²⁸⁵ lo que se toma en cuenta es el daño producido; dejando de un lado con qué intención se llegó a realizar un determinado comportamiento. Como tal, la figura en estudio, “consiste en la obligación legal que recae sobre quien haya sido declarado penalmente responsable de indemnizar todos los perjuicios causado”.²⁸⁶

Andrés López Bustamante, acota así mismo, que esta figura o institución del derecho es “independiente de una obligación pre existente y que consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar”,²⁸⁷ sin embargo, es preciso tener en cuenta que para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, es indispensable que el daño ocasionado sea cierto probable, por quien es el afectado, que el daño exista en el momento que se exige la indemnización y que exista legitimación de la víctima para que pueda reclamar la respectiva indemnización. La Corte Suprema de Justicia panameña, al respecto, “ha señalado que por mandato legal toda sentencia penal genera responsabilidad civil para el condenado”.²⁸⁸

La mayoría de los autores en esta materia coinciden en que la responsabilidad extracontractual proviene de la comisión de un delito o de un cuasidelito, que provoca daños que deben ser indemnizados, planteamiento que sigue nuestra legislación al referirse en los Artículos 128, 129, 130 del Código Penal.

“Artículo 128. De todo delito emana responsabilidad civil para:

- 1. Quienes sean culpables como autores, Instigadores o partícipes.**
- 2. Quienes hayan sido favorecidos con eximente de culpabilidad.**

Las causas de justificación exoneran de responsabilidad civil, excepto el estado de necesidad siempre que el favorecido no se haya beneficiado patrimonialmente.

Artículo 129. Los autores y partícipes están obligados solidariamente al pago de los daños y perjuicios. También están obligados solidariamente con los autores y los partícipes del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios las personas señaladas dentro del Artículo 1645 del Código Civil.

285 Reyes Echandía, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal General*. Editorial Temis. Colombia, 1990, p. 300.

286 *Ibidem*.

287 López Bustamante, Andrés. *Estudios del Proceso Penal*. Editorial Folema. Argentina, 1995, p. 122.

288 Corrales Hidalgo, Manuel. *Responsabilidad Civil Derivada del Delito*. Panamá, 2005, p. 91.

Artículo 130. El Estado estará obligado a responsabilidad civil derivada cuando el imputado sea sobreesido o absuelto, si ha permanecido en detención provisional por más de dos años”.²⁸⁹

El Código Civil patrio sobre estos elementos señala al respecto en el artículo 974, 977 y 978; lo siguiente:

“Artículo 974. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Artículo 977. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas, se regirán por las disposiciones del Código Penal.

Artículo 978. Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas al Capítulo II del Título XVI de este Libro”.²⁹⁰

Estos artículo nos remite a los comprendidos del 1644 al 1652 del Código Civil, Libro IV, Título XVI, Capítulo II, que nos señalan las obligaciones que surgen de la culpa o negligencia, por la actuación del individuo con culpa o negligencia:

"Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.

Artículo 1644 a: Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igualmente obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1645 del Código Civil. La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización

289 Código Civil de la República de Panamá. Panamá, 2009, Artículo 119, 120, 130.

290 *Ibidem*, Artículo 974, 977, 978.

lo determinara el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de está y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Artículo 1645: La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que vivan en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en el que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial-, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en el mencionado prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.²⁹¹

El Artículo 1644, dispone otorgar al agraviado, por cualquier acto dañoso realizado por otra persona, el derecho de recibir la reparación, siempre y cuando en el proceso se acredite el vínculo causal entre el demandando y el daño; y que se compruebe que en el acto perjudicial intervino culpa o negligencia. Si se revisa el Artículo 1645, queda establecido que a aquel que actuó con culpa, sea responsable de sus actos y a su vez lo sea quien pudo prevenir el daño que se produjo. Para ello, nuestra jurisprudencia ha señalado que ante estas circunstancias, esta responsabilidad civil, si bien participa de los principios doctrinales que inspiran al Artículo 1644 del Código Civil, encuentra su fundamento legal en el Libro I, Título VII del Código Penal, denominado “Responsabilidad civil”, en concordancia con el procedimiento establecido por Libro III, Título I, Capítulo II del Código Judicial, denominado “Acción Civil”. El Artículo 128

291 Código Civil de la República de Panamá. Panamá, 2009, Artículo 1644, 1645.

del Código Penal, que es el inicio del aludido Título VII, establece lo siguiente: “ARTÍCULO 128. De todo delito emana responsabilidad civil”. La jurisprudencia panameña al respecto ha señalado que: Cuando se demanda a una persona por responsabilidad civil derivada del delito, es necesario comprobar que se ha cometido un delito y que la persona demandada ha resultado culpable de cometerlo, lo cual sólo se puede acreditar con una sentencia penal en firme, que así lo indique. En lo que respecta al término de prescripción de la acción de este tipo de responsabilidad civil, “es obvio que el mismo comenzará a contarse desde el momento en que se encuentre en firme la sentencia penal, que declara a una persona culpable de un hecho tipificado como delito”.²⁹²

Clases de responsabilidades civiles según la Ley Penal

Directas

Refiérase a este tipo de responsabilidad, en donde se declara culpable por el delito cometido al autor o autores, partícipe o partícipes, que serán civilmente responsables por el daño ocasionado con su actuar. Esta persona que es convocada a responder por las consecuencias de su acto, hecho o conducta, es la misma que produce la violación del deber genérico de comportamiento. Así lo preceptúa el Artículo 128 del Código Penal patrio cuando dice “De todo delito emana responsabilidad civil”²⁹³ y el Artículo 1969 del Código Judicial que establece primordialmente, que “de todo delito nace también acción civil para la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, contra los autores o partícipes del mismo y en su caso contra el civilmente responsable”.²⁹⁴

Para que se dé la responsabilidad civil derivada del delito directo es necesario que reúna los siguientes elementos:

- La existencia de una conducta tipificada en la ley penal: En nuestra legislación todas las conductas que el legislador ha erigido en delitos, si se comprueba que tales comportamientos se subsumen en un tipo penal, generan responsabilidad penal y responsabilidad civil.
- La existencia de culpa en su sentido genérico. Refiérase este punto a que la persona resulte culpable bien a título de dolo como de culpa, que haya obrado queriendo la realización del hecho típicamente descrito o que haya realizado el hecho legalmente descrito por razón de inobservancia del deber de cuidado que, le incumbe, según las circunstancias y sus condiciones personales.
- El daño como parte integrante de la responsabilidad delictual. Es decir el me-

292 Corrales Hidalgo, Manuel. *Responsabilidad Civil Derivada del Delito*. Op. Cit., p. 83.

293 Código Penal de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 119.

294 Código Judicial de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 1986.

noscabo que sufre la víctima por el actuar.

Solidarias

Dentro de las exposiciones contenidas en la responsabilidad civil, puede mencionarse la solidaria como aquella que derivada en su devenir, de un hecho punible que le permite al acreedor, que pueda solicitar a todos o a uno solo de ellos la indemnización de los daños y perjuicios originados por su actuación delictuosa. Estas establecen la responsabilidad civil solidaria a todos los partícipes del hecho punible y los que reúnen las cualidades del Artículo 128 del Código Penal.

Nuestro ordenamiento numera que son aquellas personas que están obligadas o aquellas que reúnen con la cualidad para responder junto con el responsable del ilícito. También esta solidaridad solo recae sobre la indemnización de daños y perjuicios, pero no respecto a la restitución del bien, pues es sólo es obligado aquel que tuviere la cosa. Añádase a lo anterior, que la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios se transmiten a los herederos del responsable hasta el monto de la herencia, siempre que la acepten a beneficio de inventario.

Al respecto, la jurisprudencia al respecto ha señalado que el Artículo 129 del Código Penal describe aquellos casos en ser autores o partícipes del hecho punible están obligados solidariamente a responder de los daños y perjuicios. Significa ello que, junto a la responsabilidad civil del principal (en cuanto a la derivada del hecho propio) surge la responsabilidad de terceras personas ajenas al hecho delictivo, que van a resultar obligadas bien directa o subsidiariamente. En el contexto de lo civil, es responsable aquél que está obligado a la restitución o al resarcimiento del daño por el hecho del imputado. De la norma en mención se destaca, que en nuestra legislación existen tres grupos de personas que deben indemnizar los daños causados por el delito, a saber: Las personas declaradas por el juzgador penalmente como responsables, es decir, autores partícipes del delito; las personas que legalmente deben responder de conformidad con lo que prescriben las leyes substanciales o el Código Civil; o las personas que se enriquecen ilícitamente.

No obstante, la responsabilidad civil y bajo criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia panameña, el hecho ajeno exige que se den los siguientes presupuestos.²⁹⁵

- Existencia de un vínculo de subordinación de dependencia entre dos personas.
- Existencia de un vínculo de subordinación o dependencia sea de derecho privado.
- Coexistencia de disponibilidad de que ambas personas sean capaces de delito.
- Que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito.

295 Corte Suprema de Justicia. *Registro Judiciales*. Panamá, Agosto, 1998, pág. 229.

- Que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado dependiente.

Subsidiarias

La responsabilidad subsidiaria, puede colegirse como aquella figura a través del cual son responsables subsidiarios, quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que se consumará el hecho ilícito. Ante estos escenarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. Ello propone estudiar el Artículo 1645 del Código Civil, el cual hace alusión a la responsabilidad del padre y de la madre por los perjuicios causados por sus hijos menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y que habiten en su compañía, lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto a los perjuicios ocasionados por sus dependientes, el Estado quien responde cuando obre por mediación de un agente especial, también lo son los maestros y directores de artes y oficios por los actos realizados por sus alumnos, mientras estén bajo su custodia. La responsabilidad cesará cuando la persona pruebe que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Fases de Ejecución e Investigación

La acción civil resarcitoria

El resarcimiento es simple y simbólicamente, “toda reparación o indemnización de daños, males y perjuicios”²⁹⁶ o “satisfacción de ofensa, compensación por daños o perjuicios”.²⁹⁷ Como puede apreciarse, es una manifestación del acontecimiento jurídico que implica reparación del daño a cargo de la persona vinculada, perjuicios o hasta lesiones personales y detrimentos a la propiedad.

La aclaración y el establecimiento de su naturaleza jurídica, es actualmente uno de las más acaloradas discusiones. Lo anterior parte del hecho de que se analiza si esta figura del resarcimiento debe considerarse o no como una pena, aunado al punto de cómo proceder en él de si por la vía civil o por la vía penal. Ello es lo que concretamente expone el punto en desarrollo, partiendo de la base de que en Panamá se admitía el sistema mixto que le concede al perjudicado la opción de ejercitar su acción civil, bien en el proceso penal, o en un proceso civil. Hay que recordar que dentro del sistema acusatorio, el proceso penal presenta características como: “Determinación clara sobre la titularidad de la acción penal; separación del acusador y el

296 Osorio, Manuel. *Diccionario Jurídico Político*. Editorial Datascan. Argentina, 2006, p. 845.

297 Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. México, 1998, p. 350.

Juzgador; sostenimiento de la acusación, supremacía por el respeto al Derecho de Defensa; protección de las garantías del procesado y el Juez de garantías”.²⁹⁸ En este sistema, la titularidad de la acción se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito, “siendo este el encargado de la etapa de la investigación pero además es el titular de la acción penal en nombre del Estado”.²⁹⁹

Parte medular del derecho de daños es la reparación de los mismos. Por medio de ella la infracción jurídica ocasionada por el hecho dañoso recibe la sanción adecuada y con ello es restablecido el orden jurídico. Entre las metas del proceso penal deben subrayarse la imposición al culpable, el deber de cumplir sus obligaciones para satisfacer los perjuicios causados y prestar la asistencia completa a su víctima. En estos casos, el autor del hecho delictivo indemnizará a través del pago de una cantidad de dinero, por el menoscabo inferido. La reparación normalmente se considera que ha de ser como una especie de restitución o reparación a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado.

La acción civil en el Proceso Penal panameño está regulada específicamente por el Artículo 1969 del Código Judicial, que referente a la indemnización de los responsables penales del hecho punible, establece que:

“Artículo 1969. De todo delito nace también la acción civil para la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible contra el autor o partícipe y, en su caso, contra el civilmente responsable. En este último caso, la acción podrá intentarse en el proceso penal ó por la vía civil. La acción civil dentro del proceso sólo podrá intentarla la víctima del delito que se haya constituido en querellante, en las condiciones previstas por la Ley”.³⁰⁰

Como tal, la acción civil resarcitoria presenta 4 fases a su haber: Fase de investigación preliminar (Artículo 2044 del C.J.); Fase de instrucción sumarial (Artículo 2031, 2032 del C.J.); Fase intermedia o de calificación del sumario (Artículo 2033 y 2034 del C.J.) y la Fase plenaria (Artículo 2217 del C.J.).

Cuando se trata de la acción civil resarcitoria, debe estudiarse el ya transcrito Artículo 1969 y el Artículo 1973 que señala que la pretensión para reclamar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, su familia o un tercero, debe promoverse mediante incidencia durante el plenario, es decir, una vez ejecutoriado el auto de enjuiciamiento. Continúa destacando la misma norma, “que en la demanda incidental se dejará constancia de la cuantía del daño material y moral y se aportarán las pruebas correspondientes”.³⁰¹

298 Fuentes Rodríguez, Armando. *El Sistema Acusatorio y las Pruebas Ilícitas*. Editorial Panamá Viejo. Panamá, 2008, p. 26.

299 Fuentes Rodríguez, Armando. *El Sistema Acusatorio y las Pruebas Ilícitas*. Op. Cit., p. 26.

300 Código Penal de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 1969.

301 Código Judicial de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 1973.

El nuevo Código Procesal Penal, adoptado por la Ley N° 63 del 28 de agosto de 2008, publicada en gaceta oficial No. 26114, no sólo define y reconoce a la víctima como sujeto procesal, sino que describe los derechos que como persona le corresponden. Así pues, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, específicamente en el numeral 2 del artículo 80 se aborda el tema de los derechos de la víctima en los siguientes términos: “Son derechos de la víctima: 2. Intervenir como querellante en el proceso para exigir la responsabilidad penal del imputado y obtener la indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del delito.”

La Acción Civil en el nuevo Código Procesal Penal, se conocerá como Acción Restaurativa, tipificada en el Capítulo II, del Título IV, denominado “La Acción” y podrá ser ejercida por la víctima del delito dentro del Proceso Penal y comprende los artículos 122 al 125 del Código Procesal Penal Panameño.

La acción civil y la acción penal, según una determinada concepción, deben ser ejercidas en Argentina respectivamente, “ante los tribunales civiles y ante los tribunales penales”.³⁰² El Artículo 7 del Código Penal argentino, establece que la acción de indemnización por daños causados por delitos se ejercerá ante la jurisdicción civil. Así mismo, se refiere en el sistema general de la ordenanza procesal alemana. Solo por exigencia de las leyes penales de fondo, (parágrafos 188 y 231 del Código Penal alemán de 1871), era admitida la participación del ofendido en el proceso penal, para deducir una querrela de enmienda. Esta posición va perdiendo terreno en la actualidad para dar paso al sistema que admite la unificación de los procedimientos, mediante un sistema unificador, en el que la acción civil para la reparación del daño causado por el delito, se debe ejercer en el proceso criminal instaurado para lograr la comprobación del delito y la aplicación de una pena a su autor, quedando esto último a la voluntad del interesado.

Fase de ejecución

La fase de ejecución, “prevista dentro del ejercicio de la acción civil, se exhibe preponderantemente en la legitimidad y legalidad de quien actúa, y que en el devenir de esta prerrogativa se constituya como querellante dentro del proceso penal”.³⁰³ Basados en el anterior requisito, la víctima será parte en el proceso penal y tendrá derecho a incorporar al expediente, los medios de prueba que conduzcan a demostrar la naturaleza y cuantía de los daños y perjuicios derivados del delito.³⁰⁴ En todo este proceso, puede darse inicio a la ejecución de la responsabilidad civil, una vez que la condena penal sea firme al no haber contra la misma ningún recurso, ya que el Código Judicial señala que: “Ejecutoriada la sentencia condenatoria y establecida la responsabilidad civil, se promoverá su ejecución ante el juez que declaró la responsabi-

302 Núñez, Ricardo. *La Acción Civil en el Proceso Penal*. Editorial Córdoba, 2ª edición. Argentina, 1982, p. 21.

303 Fernández, Carlos A. *Acción civil y el Delito Penal*. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Tesis de grado. Panamá, 2008, p. 150.

304 Código Judicial de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 1970.

lidad civil. En los delitos contra el patrimonio, comprenderá la obligación de restituir la cosa objeto del delito, con abono del deterioro que haya sufrido, si ello fuere posible. Si no lo fuere, será la de pagar su equivalente en moneda de curso legal, previa estimación judicial. El monto del resarcimiento será fijado por los tribunales, mediante los medios probatorios que este Código establece y ateniéndose a lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Penal”.³⁰⁵

Bajo la estructura que caracteriza este tipo de procesos de ejecución civil, si a través del mismo se perfecciona que el condenado debe satisfacer las responsabilidades civiles y si por cualquier tipo o acto, este se negare a cumplirla de forma voluntaria, el juez se encargará de ejecutar la sentencia.

Procedimientos en la reparación de los daños y perjuicios

Conciliación penal

La conciliación penal, Rómulo Garrido la define como “las salidas alternativas para evitar que los conflictos de carácter penal lleguen a conocimiento de los Juzgados Penales”.³⁰⁶

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “Conciliare” es definido como el acto de componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí. Sin embargo, al revisar los elementos revelados en el Diccionario Jurídico y Político, se establece que en la doctrina, se han discutido ampliamente las ventajas y los inconvenientes de que actúe de conciliador el juez que entiende en el asunto, pues no faltan quienes creen que su intervención conciliatoria prejuzga el asunto o coacciona a las partes.³⁰⁷ Jurídicamente, puede señalarse e identificarse como aquel acto que se manifiesta como intercambio de puntos de vista diferentes; un procedimiento que incluye el trámite o mecanismo previsto por la ley y un acuerdo que recoge una fórmula aceptada por las partes para solucionar su conflicto.

La conciliación “es un medio alternativo de resolución de conflictos y tienen la misma naturaleza jurídica la negociación y el arbitraje, los cuales ameritan un estudio separado de otros temas, por lo cual en diversos cursos se vienen desarrollando estos temas, los cuales son de vital importancia en la economía de los pueblos”;³⁰⁸ es igualmente, una negociación asistida, por lo cual es claro que existe un tercero imparcial que conduce la conciliación, el puede ser en el derecho peruano un Juez o conciliador,³⁰⁹ y en este último caso debe realizarse en un centro de conciliación; en Panamá, “se procede entre los participantes (sujetos) que intervienen como partes y

305 Código Judicial de la República de Panamá. Panamá, 2010, Artículo 1972.

306 Garrido, Rómulo. *La Acción Penal*. Centro de Investigaciones jurídicas. Argentina, 2009, p. 11.

307 Osorio, Manuel. *Diccionario Jurídico Político*. Editorial Datascan. Argentina, 2008, p. 189.

308 Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Fundación Tomás Moro. Madrid, 2005, p. 25.

309 Martínez, Gilberto. *Conciliación en el Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1995, p. 35.

mantienen intereses opuestos, por lo que está presente permanentemente un juez, el cual toma conocimiento de la causa para poder aclarar el conflicto”.³¹⁰

Arbitraje penal

En la República de Panamá la mediación se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 5 del 8 de julio de 1999, a través del cual se le dedica todo el Capítulo II a este tema, desde el Artículo 52 al 58. Ante estas circunstancias, hay que establecer que solo podrán someterse al trámite de la mediación las materias susceptibles de transacción, desistimiento y negociación, y demás que sean reglamentadas. La mediación se orienta “en los principios de la autonomía de la voluntad de las partes, equidad, neutralidad, confidencialidad, economía y eficacia”.³¹¹ La misma, puede tener lugar judicial o extrajudicialmente, y cuando sea ante un conflicto planteado judicialmente, la mediación puede darse en cualquier momento o etapa procesal.

Castañedo Abay define la Mediación “como un entendimiento facilitado” y la conceptualiza como un “proceso mediante el cual un mediador le ayuda facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal y tratar de resolverlo”.³¹² La doctrina panameña al respecto a destacado, a través del Dr. Jorge Fábrega, la mediación como “aquel procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, coadyuva con éstas que en forma conjunta encuentren una solución al conflicto”.³¹³

Comparado

El Salvador

En la República de El Salvador, la acción civil se regula en el Artículo 42 del Código Procesal, estableciendo fundamentalmente, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable. Este último, queda identificado como la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito.

Colombia

310 Fernández, Carlos A. *Acción civil y el Delito Penal*. Op. Cit., p. 96.

311 Díaz Fernández, Tania. *La Mediación como Solución de Alternativas de los Conflictos*. Panamá, 2010.

312 Castañedo, Armando. *Mediación: Alternativa para la solución de conflictos*. La Habana, Cuba, 1998.

313 Fábrega, Jorge. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Panamá, 1999.

Con respecto a la República de Colombia, el Código Penal incorpora y fundamenta esta figura en su Artículo 103, estableciendo que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan. Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún al respecto de la multa. La norma transcrita, desarrolla el tema en estudio, desde el Artículo 43 al 56 mediante una serie de principios circunscritos a quiénes tienen esta facultad; quiénes tienen el derecho a recibir la indemnización, los titulares, medidas para hacer efectiva la acción civil, entre otros elementos.

España

España, también denominado Reino de España, reglamenta el tema destacándolo a través de las normas contenidas en el Artículo 113 del Código Penal y en el Código Orgánico Procesal Penal, refiriendo que la víctima o sus herederos, sólo podrán ejercer la acción civil, después que la sentencia penal quede firme, ante la jurisdicción penal, claro está sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción Civil. Fundamentalmente, se reitera a través de su Artículo 47 del mismo código, que el ejercicio de la acción civil se ejercerá, después que la sentencia penal quede firme, sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil.

Francia

Francia, u oficialmente, República Francesa, debate y expone el tema, en el Código de Procedimiento Penal Francés, consistente en que la acción civil puede utilizarse para activar la jurisdicción penal, poniendo en marcha el proceso penal cuando el Ministerio Público no actúa.

Italia

En la República Italiana, el Código Penal Italiano señala en su Artículo 185 que toda infracción obliga a la restitución, según las leyes civiles. Toda infracción que haya ocasionado algún daño patrimonial o no patrimonial, obliga a resarcimiento al culpable y a las personas que, conforme a las leyes civiles, deban responder por el hecho mismo.

México

México, oficialmente llamado Estados Unidos Mexicanos, presenta así mismo, lo relativo al tema de fondo en estudio, destacando en el Código Penal del Estado de Méxi-

co, Capítulo III, sobre la Reparación del Daño, y Artículo 26, lo relativo a la reparación del daño, lo cual comprende la restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y acciones, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo. También, al revisar el Artículo 27, se destaca que la reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidental en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales.

Esta reparación del daño proveniente del delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública y según el Artículo 29, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, quien deberá acreditar su procedencia y monto. Tratándose de delitos patrimoniales, será siempre por la totalidad del daño. El ofendido o sus causahabientes podrán aportar al Ministerio Público o al órgano jurisdiccional, en su caso, los datos y pruebas que tengan para tal efecto, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales. Por último, destaca el referido artículo, quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el órgano jurisdiccional penal en virtud de sobreseimiento o sentencia absolutoria, o del no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Conclusiones y propuestas

- a) Además del reclamo de la responsabilidad civil derivada del delito, que por supuesto es de interés para la víctima, tanto la doctrina como la jurisprudencia deben concentrarse en desarrollar lo mejor posible los derechos humanos de las víctimas de delitos.
- b) Consecuente con los principios del nuevo sistema acusatorio, los operadores del sistema deberían además de sancionar a los responsables de la comisión de hechos punibles, lograr que la víctima reciba la reparación de los perjuicios que ha sufrido y la recuperación de su integridad.
- c) El derecho de la víctima de ejercer la acción civil y ser indemnizada no debe ser considerado como un hecho individual de la víctima, sino como consecuencia de una nueva exigencia social y humana.
- d) El fin primordial del proceso, no debe ser la sanción penal a imponer al autor de un delito, sino más bien, la cantidad de resarcimiento que ese sujeto puede producir en su víctima u ofendido.
- e) Por otro lado es necesario que se promuevan los arreglos conciliatorios antes de pronunciarse la sentencia, dejando de lado el castigo y colocando como prioridad a las personas.

Bibliografía

- Bulté, Julio Fernández. *Manual de Derecho Romano*. Editorial Félix Varela. México, 2006.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. México, 1998.
- Castañedo, Armando. *Mediación: Alternativa para la solución de conflictos*. La Habana, Cuba, 1998.
- Código Civil de la República de Panamá. Panamá.
- Código Judicial de la República de Panamá. Panamá.
- Código Penal de la República de Panamá. Panamá.
- Corrales Hidalgo, Manuel. *Responsabilidad Civil Derivada del Delito*. Editorial Mariano Arosemena. Panamá, 2003.
- Corte Suprema de Justicia. *Registro Judiciales*. Panamá, Agosto, 1998.
- Díaz Fernández, Tania. *La Mediación como Solución de Alternativas de los Conflictos*. Panamá, 2010.
- Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Fundación Tomás Moro. Madrid, 2005.
- Fábrega, Jorge. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Panamá, 1999.
- Fernández, Carlos A. *Acción civil y el Delito Penal*. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Tesis de grado. Panamá, 2008.
- Fuentes Rodríguez, Armando. *El Sistema Acusatorio y las Pruebas Ilícitas*. Editorial Panamá Viejo. Panamá, 2008.
- Garrido, Rómulo. *La Acción Penal*. Centro de Investigaciones jurídicas. Argentina, 2009.
- López Bustamante, Andrés. *Estudios del Proceso Penal*. Editorial Folema. Argentina, 1995.
- Martínez, Gilberto. *Conciliación en el Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1995.
- Nuñez, Ricardo. *La Acción Civil en el Proceso Penal*. Editorial Córdoba 2ª edición. Argentina, 1982.
- Osorio, Manuel. *Diccionario Jurídico Político*. Editorial DataScan. Argentina, 2006.
- Ramos, Guadalupe. *Derecho Penal General*. Editorial EMPES. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, 1999.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal General*. Editorial Temis. Colombia, 1990.
- Sánchez, Ricardo. *La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal*. Editorial La Ley. España, 2004.
- Valencia, Arturo. *Derecho Civil*. Editorial Temis, Tomo 111. Bogotá, 1979.
- Villanueva Soles, Carlos. *Derecho procesal penal*. Editorial Griley, Tomo I, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002.

La detención provisional a la luz del sistema penal acusatorio, en el cuarto distrito judicial

Yanireth Herrera Vergara³¹⁴

Blanca Solano Castellero³¹⁵

Sumario: 1. Introducción; 2. Antecedentes 3. Marco Conceptual: A. Aspectos Generales de la Detención Provisional, B. La Detención Provisional en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Panameño, C. La Detención Provisional en el Cuarto Distrito Judicial desde la entrada en vigencia de la Ley No. 63 de 2008, que aprueba el Código de Procedimiento Penal. 4. Consideraciones finales, 5. Bibliografía.

Introducción

El modelo de juzgamiento penal panameño, a partir del año 2011 experimentó una transformación, pasamos de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio de corte adversarial, con una reforma estructural del sistema penal. Al respecto Alberto González Herrera, en su obra “Principio Acusatorio, Sistema Acusatorio y Prueba Penal”, señala que, “El Código Procesal Penal, si bien reemplaza al Libro III del Código Judicial, no es como algunos le llaman el nuevo Código de Procedimiento Penal, sino el primer Código Procesal Patrio, que en forma sistemática recoge todas las normas que regulan el funcionamiento del proceso para quienes vulneran o enmarcan su actuar en el orden jurídico penal. Ya no tenemos que acudir a las normas del proceso civil para examinar lo concerniente a la competencia, entre otras diversas situaciones...”³¹⁶

La detención provisional como medida cautelar personal ha sido objeto de mucho debate en la doctrina y los gremios forenses, se cuestiona su excesiva aplicación. En este artículo desarrollaremos: Aspectos Generales de la Detención Provisional, La Detención Provisional en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Panameño, La Detención Provisional en el Cuarto Distrito Judicial desde la entrada en vigencia de la Ley No. 63 de 2008, que aprueba el Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes

Los problemas de la Detención Provisional en Panamá como en la mayoría de los países de América Latina, merecen la atención del Estado y de nuestras autoridades

314 yanirethm@yahoo.com

315 blanchblanch@hotmail.com

316 GONZALEZ H., Alberto. Principio Acusatorio, Sistema Acusatorio y Prueba Penal, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2011, p. 15.

al momento de resolver los conflictos penales de mayor perfil en justicia y equidad. La situación de los privados de libertad con esta medida cautelar, llamada también por algunos estudiosos del tema y con justa razón, Condena Anticipada, debe ser analizada y ponderada fáctica y jurídicamente por las autoridades facultadas para aplicarlas.

En nuestro país, esta medida cautelar, no sólo es parte del debate jurídico, sino también sociológico y socio-económico, porque además de toda la problemática que conlleva la Detención Provisional desde el enfoque jurídico, como medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal del individuo, y los efectos sociológicos que inciden en la persona con esta medida, también cuentan las limitaciones económicas que confrontan nuestros centros penitenciarios, el hacinamiento, la falta de políticas penitenciarias, de programas de resocialización, de separación de los privados de libertad con medidas cautelares, de los sancionados, la separación por delitos, por reincidencias o quizás por edades, en fin, la total falta de políticas criminológicas y penitenciarias, se convierten en un problema jurídico-social de gran relevancia, para nuestro sistema penitenciario.

En el sistema inquisitivo siempre fue criticada esta medida cautelar por su uso excesivo y de primera ratio, a pesar de ser la más grave, y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia debe ser la última ratio. Sin embargo se le ve como la más efectiva, creando con ello una secuela de problemas derivados del abuso de su aplicación. No obstante, con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio, se guardaba la esperanza de que mejorara el uso de esta medida y pasaría a ser lo que jurídicamente debe ser, la última ratio en el derecho penal.

Con la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, se adopta en Panamá el nuevo Código Procesal Penal que reemplaza el sistema inquisitivo por el Sistema Penal Acusatorio o Adversarial. Esta Ley ha sido modificada por las siguientes: Ley 48 de 1 de septiembre de 2009; Ley 67 de 30 de octubre de 2009; Ley 66 de 1 de septiembre de 2011; Ley 55 de 21 de septiembre de 2012; Ley 8 de 6 de marzo de 2013; Ley 35 de 23 de mayo de 2013; Ley 36 de 24 de mayo de 2013; Ley 82 de 24 de octubre de 2013 y Ley 121 de 31 de diciembre de 2013.

Este nuevo modelo legal estaba dispuesto para entrar en vigencia en el país de manera escalonada, a fin de ir capacitando e invirtiendo gradualmente en su estructura. Sin embargo, no fue hasta septiembre de 2011 que inició su vigencia en el Segundo Distrito Judicial, siendo aplicable para todo el territorio nacional, en los procesos penales, las disposiciones del Título I, Libro Primero; los Títulos IV y V, Libro Segundo, y del Capítulo V, Título I, Libro Tercero, de este Código, siempre que no impliquen la intervención del Juez de Garantías ni de los Tribunales de Juicio, hasta tanto estos no se hayan establecido.

Indica el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal en su último párrafo que se excluye de lo dispuesto en este artículo la aplicación de las disposiciones contenidas en el segundo párrafo del artículo 12 y en el último párrafo del artículo 237 de este Código, las cuales entrarán en vigencia el 2 de septiembre de 2016.

El 2 de septiembre de 2012, entró en vigencia el nuevo Sistema Penal Acusatorio en el Cuarto Distrito Judicial, que comprende las provincias de Herrera y Los Santos. Es así como trataremos de analizar el funcionamiento de la detención provisional en el Cuarto Distrito Judicial, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código.

El Libro Segundo, Actividad Procesal, en el Título V desarrolla las medidas cautelares, y en su Capítulo I Las Medidas Cautelares Personales.

Marco conceptual

Aspectos generales de la detención provisional

Podemos decir que la detención provisional como sanción es considerada por algunos autores como formas extremas de control social, que tiene en nuestros países un uso diferente respecto a las clases sociales. Es decir, se aplica a la inversa, con más frecuencia a los más desposeídos y en menor proporción a los más acaudalados. Se hace necesario de un sistema objetivo, donde se apliquen las medidas cautelares, y es aquí donde entra en juego el sistema penal acusatorio con sus garantías, principios y reglas.

En “la aplicación de las medidas cautelares (...) principalmente se critica mucho la detención preventiva siendo esto una de las razones en que se fundamentó la creación de las medidas cautelares sustitutivas de ella, mediante la Ley 3 de 1991 y se estableció foralmente lo que se llamó el principio de legalidad sobre las medidas cautelares.”³¹⁷

La detención provisional ha sido estigmatizada en el sistema inquisitivo por el uso abusivo e indiscriminado de la misma, en donde se convierte en una pena anticipada. La misma carece de efectos positivos, pues durante su aplicación no se logra la resocialización del imputado por no encontrarse en cumplimiento de una sanción; es costoso para el sistema penitenciario toda vez que representa un gasto su alimentación y atención, aún con las limitaciones del sistema; los centros penitenciarios se convierten en escuelas del crimen para los imputados; se carece de espacio físico para albergar a los procesados en zonas separadas de los no condenados.

El derecho a presunción de inocencia exige un proceso que garantice los principios y derechos fundamentales del imputado, contemplados en las leyes y convenios internacionales, lo cual es recogido por el sistema penal acusatorio en el nuevo Código en el Libro I de las Disposiciones Generales y en las demás disposiciones.

Al momento de aplicar una detención provisional, la autoridad competente debe valorar si se cumplen ciertos parámetros, como por ejemplo: si el delito permite la medida cautelar de detención preventiva, por su gravedad y pena; si existe el riesgo de evasión de la justicia por parte del imputado o por la gravedad del delito o la peli-

317 FUENTES R., Armando. Derecho Procesal Penal Panameño, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2012, p. 280.

grosidad del imputado; si está comprobada la comisión del delito; y si existen elementos suficientes que vinculen al investigado o imputado con el hecho punible investigado (artículo 237 del Código de Procedimiento Penal).

La detención provisional debe estar contemplada en la ley y prevista para el delito al cual se le va a aplicar.

Para la doctrina la detención provisional se distingue como una medida de aseguramiento privativa de libertad – pues existen medidas no privativas de libertad, siendo procedente respecto de determinados delitos, en particular, los delitos que tienen señalada una punibilidad mínima igual o superior a cuatro (4) años de prisión, aunque existen otros eventos.³¹⁸

Podemos decir que la detención provisional es una medida cautelar de carácter personal que afecta la libertad individual por un período de tiempo.

En este sentido, Fuentes Rodríguez indicó: “Las medidas cautelares personales son las más utilizadas en el proceso pues se aplican sobre la persona, en especial del imputado, ya será con la finalidad de impedir que obstaculice la investigación o con el objeto de garantizar el cumplimiento de la pena de prisión por el riesgo y peligrosidad que presenta el procesado”.³¹⁹

La detención provisional es vista como una medida de aseguramiento, como una forma de asegurar o garantizar la finalidad u objeto del proceso.

La detención provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal

El Código de Procedimiento Penal contempla como medidas cautelares: Las Medidas Cautelares Personales, que conllevan la restricción a la libertad personal; Medidas Cautelares Reales, que comprenden la aprehensión provisional de bienes y El Secuestro Penal; también están las Medidas Conservatorias Innominadas.

En este estudio nos referiremos específicamente a Las Medidas Cautelares Personales, directamente a la Detención Provisional.

Establece el Código de Procedimiento Penal que la Libertad Personal del Imputado solo podrá ser restringida de acuerdo con las previsiones de este Código. Es decir recoge claramente el principio de Legalidad.

El artículo 222 del Código de Procedimiento Penal señala, que podrán aplicarse las medidas cautelares personales:

- 1- Si existen medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho.
- 2- Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.

318 PEDRAZA JAIMES, Miguel Angel. La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia 2010.

319 FUENTES R., Op cit., p. 280.

- 3- Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.
- 4- Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso.

Esta misma norma dispone que el Juez deberá aplicar la detención preventiva como medida excepcional.

Asimismo encontramos que el artículo 224 lex cit., presenta un menú de otras opciones de medidas cautelares personales de las cuales se puede valer el juez, sin tener que aplicar la más grave, como es la detención provisional.

Las medidas cautelares personales que impliquen privación de libertad serán solicitadas en audiencia oral y decretadas por el Juez de Garantías, previo requerimiento del Ministerio Público. En cualquier estado del proceso son aplicables las medidas cautelares, siempre que se cumplan las siguientes reglas:

- 1- Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro evidente de que intenta hacerlo.
- 2- Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba.
- 3- Cuando, por circunstancias especiales, se determine que su libertad puede ser de peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes.
- 4- Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares.

Reconoce este Código el tiempo que ha cumplido el imputado acatando una medida cautelar personal de las previstas en el artículo 224, siempre que impliquen una restricción a la libertad personal del imputado, para el caso de que sea condenado a una pena de prisión.

El Juez de Garantías podrá ordenar la detención provisional de una persona cuando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de cuatro (4) años de prisión, y exista evidencia que acredite el delito y la vinculación del imputado, así como posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas o de que pueda atentar contra la vida o salud de otra persona o contra sí mismo.

Será excepcional la detención preventiva que se decretará contra una persona en cuyo caso no se cumplan los requisitos citados en el artículo 237 ibidem. Podrá darse la excepción cuando se trate de persona que no tenga residencia en el territorio nacional o en aquellos casos en que a juicio de la autoridad competente se encuentre razonablemente amenazada la vida o integridad personal de una tercera persona, el Juez podrá decretar la detención provisional aun cuando la pena mínima del delito imputado sea menor de cuatro años de prisión. También se decretará la detención

provisional del acusado que no se presente a la audiencia del juicio oral, la que se dictará por el Tribunal de Juicio a solicitud del Fiscal.

Véase que la detención provisional siempre deberá ser solicitada por el Ministerio Público y será impuesta por el Juez, cuando se cumplan los requisitos señalados por la ley, pero también deberá ser valorada su utilización.

También es interesante destacar que la nueva ley, establece un término para la duración de la detención provisional, indicando que no será mayor de un año, excepto lo previsto en el artículo 504 para los casos complejos, en cuya situación podrán extenderse hasta un máximo de tres años, una vez aprobado el procedimiento.

Con el nuevo sistema, ha sido favorable la determinación de los términos de duración de la detención provisional, lo cual anteriormente en el sistema inquisitivo permitía que un imputado fuera mantenido con esa medida cautelar por periodos que superaban hasta el máximo de la pena que podía conllevar el delito por el cual se le investigaba.

Excepcionalidad de la Detención Provisional. Al respecto la legislación panameña recoge el principio doctrinal, que la detención provisional debe ser la última alternativa del derecho penal. Radica la diferencia entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, en que en el nuevo sistema este principio de legalidad se sostiene en los principios y garantías que recoge de manera amplia el sistema penal acusatorio, lo cual permite que cualquier exceso o abuso de los funcionarios facultados para su aplicación, sea sancionado con la ilegalidad o nulidad del propio proceso, careciendo el sistema inquisitivo de un instrumento como éste, que garantizara el efectivo cumplimiento de ese deber de las autoridades de acatar los requisitos y términos de la detención provisional.

Panamá acata con este nuevo sistema penal acusatorio los compromisos adquiridos como signataria de múltiples convenios internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual dispone en el artículo 5 el Derecho a la Integridad Personal; en el artículo 7 el Derecho a la Libertad Personal; y en el artículo 8 el Derecho a las Garantías Judiciales. Se reconocen los derechos de los imputados a una debida defensa, al contradictorio, a un juez natural, a recurrir y también al principio de legalidad, a no ser juzgado sino con estricto apego a la ley.

También la Constitución Política de nuestro país establece en los artículos 21, 22 y 23 los mismos principios recogidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantizan los derechos de libertad de toda persona.

A diferencia de otras legislaciones, la legislación panameña recoge la excepcionalidad de la detención provisional, los requisitos que se deben dar para su aplicación y el cumplimiento de este derecho del imputado, sin embargo la misma normativa no impone la obligación de mantener en sitio distinto del que se destinare para la extinción de las penas como lo señala por ejemplo la legislación mexicana en el artículo 18 de su Constitución Política. Si bien es cierto en nuestro país se trata de aplicar esta norma contenida en convenios internacionales, la cual no está desarrollada en normativa interna y por otro lado, se da la problemática de su aplicación por razón de las

dificultades económicas existentes en el sistema penitenciario, por la sobrepoblación en los centros penitenciarios.

También el artículo 19 de la Constitución Política Mexicana establece que el Ministerio Público puede solicitar la detención provisional, pero faculta al juez para ordenar oficiosamente la detención provisional, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Difiere en este sentido de la legislación panameña, que sólo le otorga la facultad de solicitar la detención provisional al Ministerio Público, no siendo posible que el juez la aplique de oficio, sin la solicitud de la agencia de investigación, manteniendo separada la función investigativa de la función jurisdiccional. El juez panameño no puede ordenar oficiosamente la detención provisional en ningún tipo penal.

“Sobre los requisitos legales que se exigen para el otorgamiento de la prisión preventiva, estos tienen variantes en los diferentes países.

En países como México la normativa establece que el juez debe aplicar de oficio la prisión preventiva en los casos en que se imputan delitos que forman parte de un listado de delitos graves; a su vez, la medida cautelar se aplica en forma automática cuando el imputado tiene una sentencia o está siendo procesado por un delito doloso. Criterios similares rigen en el contexto de Bolivia al momento de aplicar la prisión preventiva. Es evidente que estos criterios violan el estándar establecido por los organismos internacionales de protección de derechos humanos respecto de que ni el delito ni la gravedad de la pena, pueden justificar por sí solos el uso de la prisión preventiva. En el caso de Perú, se requiere la concurrencia de tres presupuestos: elementos razonables de convicción para creer que existe un vínculo entre el imputado y el hecho delictivo, que la pena probable a imponerse supere los cuatro años y que exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Al igual que en el Perú, en Bolivia, Chile, Colombia y Argentina se utiliza el peligro de fuga y la obstaculización del proceso como condiciones para otorgar la prisión preventiva. En ese sentido, en Argentina el peligro de fuga se deduce respecto de la “pena en expectativa” y la posibilidad de que se trate de una condena de cumplimiento efectivo. Esto quiere decir que si la pena asignada para el delito que se imputa a un procesado no parece permitir su ejecución en suspenso, la persona irá en prisión preventiva.

En Chile y Colombia se utiliza además el criterio de que al liberar al imputado se pueda incurrir en riesgos para la sociedad o la víctima, con lo cual, bajo estos supuestos se preferirá la prisión preventiva. Como se ve, no todos los criterios son uniformes. Finalmente, sobre la aplicación de los criterios que sustentan la prisión preventiva existen formulaciones diferentes y en muchos casos una lectura equivocada por parte de los operadores del sistema de justicia.”³²⁰

320 Uso Abusivo de la Prisión Preventiva en Las Américas. Informe presentado en el 146 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 6.

La detención provisional en el Cuarto Distrito Judicial desde la entrada en vigencia de la Ley No. 63 de 2008, que aprueba el Código de Procedimiento Penal

La detención provisional constituye un tema muy discutido en la doctrina, sobre todo cuando entra en conflicto con el principio de la presunción de inocencia. Por lo que consideramos importante señalar que “se sostiene que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder del Estado. La sanción penal sólo puede ser impuesta luego de la sentencia luego de la sentencia condenatoria firme, pues hasta ese momento rige el principio de presunción de inocencia, es decir que las personas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente.”³²¹

En Panamá el sistema penal mixto, como se le llama y que tendrá vigencia hasta la implementación del nuevo Código de Procedimiento Penal, aprobado mediante Ley No. 63 de 28 de agosto de 2008, en todo el país, sufre una crisis respecto a la detención provisional, ya que se priva la libertad ambulatoria de las personas a quienes se les imputa un delito. Es alarmante la cifra de presos sin condena, detenidos de manera preventiva y en espera de un juicio, el hacinamiento en las cárceles, etcétera.

Con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio el 2 de septiembre del año 2011, el cual se ha estado implementando de manera gradual, y al que nos referiremos específicamente, de su ejecución en el Cuarto Distrito Judicial, es decir, las provincias de Herrera y Los Santos, por ser el objeto de nuestra investigación; las cifras en cuanto a la detención provisional ha disminuido notablemente.

A continuación se presenta un análisis comparativo de los principales indicadores del Sistema Penal Acusatorio en las Provincias de Herrera y Los Santos.

Medidas cautelares de detenciones provisionales

En la Gráfica N^o1 se observa que en la Provincia de Herrera se ha dado un número mayor de medidas cautelares (66%) frente a un 34% que se han dado en la Provincia de Los Santos. Es decir, por cada dos medidas cautelares de detenciones que otorgan en la Provincia de Herrera, se otorga una en la Provincia de Los Santos.

321 BOVINO, Alberto. El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos. Editores del Puerto, 1998, p. 121.

Gráfico N°1
Sistema Penal Acusatorio. Medidas Cautelares de
Detenciones Preventivas, en las Provincias de Herrera y
Los Santos. Septiembre de 2012 a Febrero de 2014



Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Detenidos preventivos al final del 2013

Se aprecia en la Gráfica N°2 que el 59% de los detenidos preventivos, hasta finales de 2013, pertenecen a la Provincia de Herrera, mientras que los detenidos preventivos en la Provincia de Los Santos presentan un porcentaje menor de 41%. Es decir, por cada diez detenidos preventivos en la región, seis (6) corresponden a la Provincia de Herrera y cuatro (4) a la Provincia de Los Santos.

Gráfico N°2
Sistema Penal Acusatorio. Detenidos Preventivos, en las
Provincias de Herrera y Los Santos. Al Final del 2013.



Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Porcentaje de detenciones preventivas dictadas

Entre septiembre de 2012 y febrero de 2014, de las 814 medidas cautelares que se dieron en el Sistema Penal Acusatorio, 624 correspondieron a la Provincia de Herrera y 190 a la Provincia de Los Santos. Se observa en la Gráfica N°3, que en la Provincia de Herrera las detenciones provisionales representaron el 12% de las medidas cautelares, mientras que en la Provincia de Los Santos la proporción fue algo mayor, es decir, de 21%. En comparación con el porcentaje promedio, se nota que la Provincia de Herrera estuvo cuatro puntos porcentuales por debajo del promedio, contrario a lo que ocurrió en la Provincia de Los Santos, que se ubicó cinco puntos porcentuales por arriba.

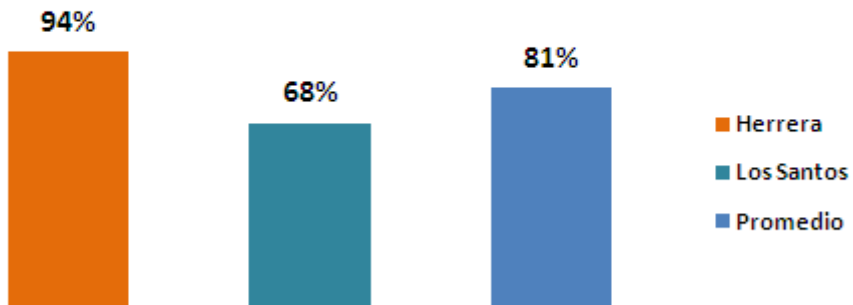


Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Porcentaje de detenidos al año anterior a la implementación del Sistema Penal Acusatorio

Tal como se refleja en la Gráfica N°4, antes de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, en la Provincia de Herrera el porcentaje de los detenidos era relativamente alto, ubicándose en un 94%, mientras que en la Provincia de Los Santos el porcentaje fue menor siendo de 68%. En comparación con el porcentaje promedio, se nota que la Provincia de Herrera estuvo trece puntos porcentuales por arriba del promedio, contrario a lo que ocurrió en la Provincia de Los Santos, que se ubicó trece puntos porcentuales por debajo.

Gráfico N°4
Porcentaje de Detenidos al Año Anterior a la Implementación del Sistema Penal Acusatorio en las Provincias de Herrera y Los Santos

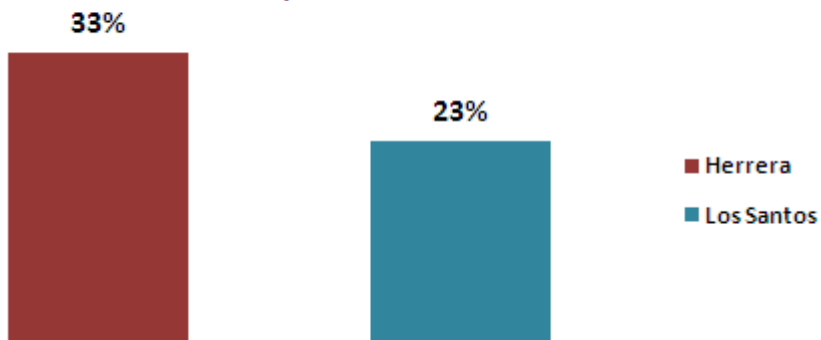


Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Porcentaje de detenidos preventivos en el año 2012

En la Gráfica N°5 se observa que en la Provincia de Herrera el porcentaje de detenidos provisionales en el año 2013 fue de 33%, diez puntos porcentuales por arriba de los detenidos provisionales de la Provincia de Los Santos.

Gráfico N°5
Porcentaje de Detenidos Preventivos en las Provincias de Herrera y Los Santos. Año 2012

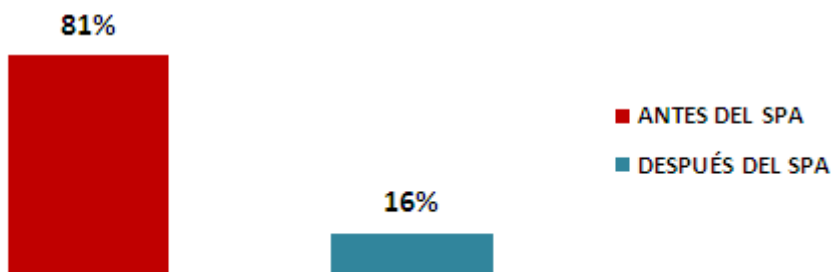


Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Análisis comparativo de los porcentajes de detenidos antes y después de la implementación del Sistema Penal Acusatorio

Es importante señalar, que para efectos comparativos, antes de la implementación del Sistema Penal Acusatorio (SPA), el número de detenidos en las provincias de Herrera y Los Santos, representaba en promedio, el 81% de todos los detenidos. Sin embargo, después de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, los porcentajes se redujeron abruptamente a 16%. Lo anterior es evidencia clara de la efectividad que ha tenido el Sistema Penal Acusatorio en reducir las detenciones provisionales lo que repercute en el hacinamiento en las cárceles, disminuyendo el número de detenidos en espera de juicio, y así evitar la mala percepción del sistema penal, ya que se piensa que el sistema judicial era injusto con aquellas personas que eran inocentes y tenían que pasar largos períodos de tiempo detenidos.

Gráfico N°6
Porcentaje Promedio de Detenidos Antes y Después de la Implementación del Sistema Penal Acusatorio en las Provincias de Herrera y Los Santos

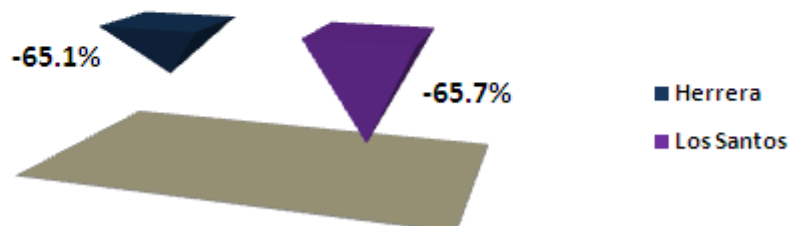


Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Porcentaje de disminución de los detenidos provisionales, en comparación con el año Anterior a la implementación del Sistema Penal Acusatorio

En la Gráfica N°6 se refleja altos niveles de disminución en los detenidos preventivos con la implementación del Sistema Penal Acusatorio en comparación a los detenidos preventivos antes de la existencia del Sistema Penal Acusatorio. Se observa que los niveles de disminución, tanto en la Provincia de Herrera como en la Provincia de Los Santos son casi similares. Los resultados anteriores refuerzan la tesis de que la implementación del Sistema Penal Acusatorio ha sido eficiente y ha tenido un impacto positivo en la disminución de las detenciones provisionales.

Gráfico N°7
Porcentaje de Disminución de los Detenidos Preventivos en
las Provincias de Herrera y Los Santos, en Comparación con el
Año Anterior a la Implementación del Sistema Penal
Acusatorio



Fuente: Órgano Judicial de Panamá. Centro de Estadísticas Judiciales

Este sistema penal de corte adversarial nos lleva a la reflexión de que en el mismo se cumple con el respeto de los principios que le inspiran, garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados conforme a la ley, en defensa de la dignidad humana y garantizando los derechos fundamentales.

En definitiva, la prisión no puede ser supuesta, ni siquiera por la ley, dado que ello implicaría desvirtuar la función jurisdiccional, que está llamada a cumplir un rol de ponderación entre los distintos derechos e intereses en juego (en especial, el derecho a la libertad personal y el interés en la efectividad de la persecución penal) antes de decidir si en el curso concreto procede imponer o mantener el encarcelamiento preventivo.³²²

Consideraciones finales

La naturaleza de las medidas cautelares es la de evitar que determinados actos pudieran hacer ilusorio el resultado del proceso, garantizar el normal desarrollo del proceso, pretenden hacer eficaz la sentencia definitiva y los derechos declarados en ella y, por tanto, la aplicación del “ius puniendi”, es decir, el reconocimiento de los derechos contenidos en la ley sustantiva. Entre los presupuestos y características pudiéramos señalar: fumus bonis iure, periculum in mora, legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, temporalidad, homogeneidad, revocabilidad, subsidiariedad, humanitario.

Es importante señalar que nuestro ordenamiento procesal penal contempla medidas cautelares reales para satisfacer la pretensión punitiva (aprehensión provisio-

322 Uso Abusivo de la Prisión Preventiva en Las Américas. Informe presentado en el 146 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012).

nal, entre otras) y para satisfacer la pretensión civil o resarcitoria (secuestro, embargo, etcétera) y las medidas cautelares personales (detención preventiva, prohibición de abandonar el territorio, etcétera). Por otra parte, contempla la Ley 63 de 2008, las medidas cautelares conservatorias innominadas, tendientes a suspender o evitar la comisión del delito o para prevenir sus efectos; figura que recientemente fue derogada en nuestro sistema jurídico civil.

La prisión preventiva o prisión provisional debe ser considerada una excepción, debe ser decretada cuando todas las anteriores medidas cautelares resulten inadecuadas y considerar además, el carácter subsidiario, proporcional y humanitario, como garantías que protejan a las personas. La decisión del juez de optar por la medida cautelar de detención provisional debe ser fundada en derecho y motivada, no arbitraria.

La detención provisional como medida cautelar personal debe ser la última ratio penal evitándose así detenidos sin condena, el hacinamiento en las cárceles y todas aquellas consecuencias adversas al sistema penitenciario. Y lo que es primordial la vulneración de los derechos y garantías de la persona.

En un Estado de Derecho, los jueces no pueden tomar decisiones bajo criterios de seguridad ciudadana, prevención general, satisfacer el interés u opinión pública; por el contrario su norte debe ser las garantías constitucionales y legales, el respeto de los derechos fundamentales, teniendo presente los reales fines de la detención provisional prevaleciendo las garantías de los procesados, como la presunción de inocencia, el derecho fundamental de la libertad que debe tener toda persona.

Ahora bien, empoderarnos de las garantías, principios y reglas que rigen la Ley No. 63 de 28 de agosto de 2008, que aprueba el Código Procesal Penal, no es suficiente, se requiere renovar criterios interpretativos y un cambio de actitud. No pretendemos dejar en el ánimo de los lectores que debe prescindirse de esta medida cautelar personal, como lo es la detención preventiva o provisional, sino que sea la última ratio.

Podemos concluir que con la implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Cuarto Distrito Judicial se ha disminuido la alta tendencia en decretar la detención provisional, lo que incidirá en que en las prisiones la mayor parte de los que allí ingresen serán los sentenciados.

Si bien es cierto, este sistema que apenas ha iniciado, a pesar de encontrarse en un periodo de ajustes, de aprendizaje y de aceptación, se puede decir, de las gráficas analizadas que en lo referente a la detención provisional, ha sido exitosa su implementación, sin hacer referencia a otros aspectos de la nueva ley.

Bibliografía

- BOVINO, Alberto. El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos. Editores del Puerto, 1998.
- CUESTAS G., Carlos H. Proceso Penal Acusatorio, Imprenta del Órgano Judicial, Panamá, 2001, 137 págs.
- FUENTES R., Armando. Derecho Procesal Penal Panameño, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2012, 325 págs.
- GONZALEZ H., Alberto Hassim. Garantías de no Declarar Contra Sí Mismo y Respeto a la Dignidad Humana, Editorial Imprenta Universal Books, Panamá, 2003, 76 págs.
- GONZALEZ H., Alberto. Principio Acusatorio, Sistema Acusatorio y Prueba Penal, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2011, 160 págs.
- PEDRAZA JAIMES, Miguel Angel. La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- SAEZ F., Wilfredo. Las Perspectivas de Actualización de las Fases del Proceso Penal Panameño, Ediciones El Canal, Panamá, 2002, 211 págs.
- FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello. Editorial Trotta, Madrid, 2009, 391 págs.
- FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales. Presentado por Clara Alvarez Alonso. Quinta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, 165 págs.
- Uso Abusivo de la Prisión Preventiva en Las Américas. Informe presentado en el 146 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012).
- ZARAGOZA H. José. El Nuevo Sistema Penitenciario Mexicano. Editorial Tirant lo Blanch, México D.F, 2012, 247 págs.

Diccionarios

- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Argentina, 1998.
- CUESTAS, Carlos Y FÁBREGA, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Procesal Penal. Editores Colombia, S.A., primera edición, 2004.
- CUESTAS G., Carlos H. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Talleres Gráficos de Impresora OGEMI, S.A., Publicación de la Escuela Judicial, Panamá, 2000, 76 págs.
- PUYO J., Gil Muller. Diccionario Jurídico Penal, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá - Colombia, 1981, 381 págs.

Códigos y leyes

- Constitución Política de la República de Panamá.
- Constitución Política Mexicana.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Código Judicial de la República de Panamá.
- Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta en Panamá el Código Procesal Penal.

Garantías judiciales en el ordenamiento panameño al derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad

Iris Díaz de Nicolás³²³
Kathia del Carmen Rojas C.³²⁴

Sumario: 1. Introductorio: Protección jurídica de los derechos sociales, 2. El derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad, 3. Garantías judiciales, 3.1. La demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción, 3.2. Protección mediante el amparo de derechos fundamentales. 3.3.1. Fundamentación doctrinal y normativa de la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad 3.3.2. Tres casos emblemáticos, 3.3.3.1. La reducción de cortapisas formales, 3.3.3.2 La Práctica excepcional de pruebas de oficio en sede de amparo de derechos fundamentales, 3.3.3.3 La Inversión de la carga de la prueba, 3.3.3.4 Reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad 3.3.3.5. La Protección de la dignidad humana, 4. Conclusiones, 5. Bibliografía.

Introductorio: Protección jurídica de los derechos sociales

Los derechos sociales, también llamados derechos humanos de segunda generación, donde se encuentra incluso el derecho al trabajo, fueron jurídicamente reconocidos como tales a raíz de la Revolución Mexicana a principios del siglo XX, e incorporados en la Constitución Política de Weimar, Alemania. En esta Constitución son reconocidos con la categoría de derechos humanos, y son protegidos de manera distinta a los derechos de primera generación, los derechos individuales.

Mientras que los derechos fundamentales implican prohibición al Estado, los derechos sociales le imponen a este el deber de actuación en determinadas condiciones y direcciones.³²⁵

Como quiera que el Estado es quien con mayor frecuencia incurre en la vulneración de los derechos individuales, imponiendo conductas que riñen con el pleno goce y ejercicio de dichos derechos, las Constituciones terminaron por prohibirle la adopción de políticas y acciones contrarias a la razón de ser de los mismos. La tutela de los

323 Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Master en Derecho Empresarial de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT). Correo electrónico: irisnic.id@gmail.com

324 Asistente de Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Juez Suplente de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá. Master en Derecho Privado en la Universidad de Panamá. Correo Electrónico: kathiarojas02@hotmail.com.

325 Véase VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. "XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I. Editora Sibauste, S.A., pág. 59, 1998.

derechos individuales se traduce en un catálogo de prohibiciones tendientes a limitar el poder público³²⁶.

El goce y ejercicio de los derechos sociales, por el contrario, demandan del Estado la adopción de políticas y acciones destinadas a hacerlos efectivos. El Estado tiene el deber de crear las condiciones necesarias para que tales derechos puedan desarrollarse a plenitud. Claro está, ha de cumplir con semejante responsabilidad tomando en cuenta sus posibilidades reales y las condiciones reinantes en la comunidad nacional e internacional. En ese sentido, vale señalar lo expresado por los autores Krennerich, Michael y Góngora, Manuel E., en cuanto a la cláusula de derechos innominados o no enumerados, la cual permite a los Tribunales Constitucionales reconocer nuevos derechos por interpretación de la Carta³²⁷. Consideran los autores, que el derecho mínimo vital, según lo ha interpretado la Corte Constitucional Colombiana, se vulnera cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado. En la que éste último ha dejado de prestar el apoyo material mínimo en la que sucumbe la persona indefensa³²⁸.

A través de este derecho (derecho mínimo vital) se han amparado algunos derechos sociales, tales como la mora en el pago de salarios a los trabajadores (cuando es su única fuente de ingreso), cuando se le adeudan pagos de pensiones a las personas de tercera edad, el despido de las mujeres embarazadas por encontrarse en dicho estado, y por último cuando son excluidos de los planes de salud (tratamientos, medicamentos, entre otros), las personas con limitaciones físicas o enfermedades terminales.

La constitución panameña, en su artículo 17, contiene una cláusula de esta naturaleza, en su segundo párrafo que dispone que: “Los derechos y garantías que consagran esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

Sin embargo, el nivel de cumplimiento de los derechos sociales reconocidos por la Constitución y aquellos que puedan protegerse a partir de la cláusula de derechos innominados, depende en gran medida de las realidades socioeconómicas y culturales del país y del mundo globalizado.

Por ello, el Estado está compelido a promover, generar, estimular y difundir las condiciones indispensables para que los derechos sociales tengan efectividad, pero el grado de satisfacción de éstos dependerá de sus capacidades de propiciar y poner en

326 Véase **ATRIA**, Fernando. “Ponencia Plenaria en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social”, págs. 19-20, 2002.

327 www.polwiss.uni-erlangen.de/professuren/.../MK_Los_Derechos.pdf. **KRENNERICH**, Michael y **GÓNGORA**, Manuel E.. “*Los derechos sociales en América Latina*”. Desafíos en justicia, política y economía. Artículos, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, págs. 3-4, 2006.

328 **Sentencia T-777/09, Corte Constitucional**, Agencia Oficiosa. Derecho a la seguridad Social en el Ámbito Internacional. Nota: La Corte determinó que el Estado Colombiano debía compartir la responsabilidad en un 50%, debido a que tiene el deber de brindar protección a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que por los déficit de protección legal pueden ver vulnerados sus derechos fundamentales.

práctica sus políticas y acciones, no siendo únicamente él el responsable de que así sea, compartiendo con otros actores sociales el éxito o fracaso³²⁹.

Además del Estado, otros factores y agentes inciden directa e indirectamente en la suerte del ejercicio pleno de los derechos sociales, por lo que las constituciones nacionales y las leyes no le dispensan una protección especial, como la que establecen a favor de los derechos individuales. De hecho, el nivel de efectividad de los derechos individuales depende directamente del comportamiento del Estado, quien con su accionar puede atentar contra las libertades y garantías fundamentales. Su proceder no viene justificado por los factores socio-económicos y culturales, sino del abuso del poder y de la extralimitación de sus atribuciones. Sin embargo, los derechos sociales "...pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos bien dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente"³³⁰.

Los derechos sociales están reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas, y se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Nueva York, E.U.A., de 16 de diciembre de 1966. También están incorporados en la Convención Americana de 22 de noviembre de 1969, llamado Pacto de San José. De igual forma lo encontramos plasmados en el Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo se dispone que "Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."

También vale mencionar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 2º contempla la obligación de los Estados partes de adoptar medidas dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales. En este sentido dispone lo siguiente: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

329 Véase **GOLDIN**, Adrián. *"Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina"*. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra. Primera Edición, Publicaciones del II EL, case postale 6, CH-1211 Ginebra 22 (Suiza), págs.15 y 16, 2007.

330 **AGUILERA PORTALES**, Rafael, *"Concepto y Fundamento de los Derechos Humano (Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo del Estado de Nuevo León)"*, México, 2010, p. 80

Hoy día, todos estos instrumentos internacionales que otrora eran considerados como meras declaraciones de buenas intenciones del Estado, tienen efectos vinculantes para los Estados que se han adherido a ellos, por lo tanto constituye una fuente de obligaciones internacionales para los países miembros, que se comprometen a hacerlos efectivos de manera progresiva y sin posibilidades de retroceder en cuanto al grado de protección de derechos que vayan desarrollando. Ambos propósitos deben lograrse en el marco de un ambiente armonioso, que promueva el crecimiento de la productividad.

Los derechos sociales fueron incluidos en el ordenamiento constitucional panameño en la Constitución Política de 1946; mientras que los derechos individuales desde la Constitución de 1904. La Constitución Política de la República de Panamá de 1972, vigente a la fecha con varias modificaciones y adiciones, consagra los derechos sociales en el Título III, Derechos y Deberes Individuales y Sociales, del Capítulo I, contempla las Garantías Fundamentales y la Protección Especial que ofrece la Acción de Amparo de Derechos Fundamentales, ante actos violen los derechos y garantías que la Constitución consagra.

En relación a lo anterior, la Convención Americana dice a que los mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales pueden ser variados. Lo importante es que estos sean efectivos, rápidos y sencillos, y no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección. Puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, incluso con la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios. En este título está incluido los capítulos relativos a los derechos de Tercera Generación, los derechos ecológicos, que demandan del Estado y los gobernados la conjunción de acciones, dado que la preservación del medio ambiente es responsabilidad de todos. Igualmente están incluidos otros capítulos en relación al régimen agrario y a la defensoría del pueblo.

El Capítulo 2 del Título III de la actual constitución, está dedicada a la familia, el Capítulo 3 al trabajo, el Capítulo 4 a la Cultura Nacional, el Capítulo 5 a la Educación, el Capítulo 6 a la Salud, Seguridad Social y Asistencia Social, el Capítulo 7 al régimen ecológico, el Capítulo 8 al Régimen agrario y el Capítulo 9 a la Defensoría del Pueblo.

El derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad

Nos dice Daniel O'Donnell, que el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos "alude a dos corolarios legales del precepto filosófico reconocido en el artículo 1, a saber: como las personas son libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley, y ésta no debe permitir discriminación alguna". Indica el autor, que las personas sin distinción gozan de todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distingo alguno de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Que no cabe distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o

territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía³³¹.

La Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio No. 100, determina que por discriminación en el empleo y la ocupación se entiende la aplicación de un trato diferenciado, sea causada por una exclusión, una referencia o una distinción, que esté basada en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo, el color, la raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política y discapacidad. Aclara que no debe considerarse discriminatorias las distinciones que se fundan en requisitos esenciales para el desempeño de un empleo³³².

El Estado puede establecer una especial protección a favor de determinados grupos de personas, en consideración a sus condiciones especiales, sin entenderse que incurre en discriminación. En esta línea expresa Daniel O'Donnell, que no constituye discriminación "la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia"³³³.

El artículo 74 de la Carta Magna expresamente indica que ningún trabajador puede ser despedido sin justa causa y sin las formalidades que establece la ley³³⁴. Es decir, la libre iniciativa para despedir al trabajador no es la regla adoptada por nuestro Derecho Constitucional. Por el contrario, el despido está sujeto a lo que dispone la ley en cuanto a las causas a invocar y a los trámites a seguir.

La norma fundamental citada es recogida y desarrollada por el Código de Trabajo de 1970, aplicable a las relaciones de trabajo del sector privado. Conforme a este cuerpo jurídico, el despido del trabajador o trabajadora debe fundarse en una causa legal. El despido injustificado da derecho al trabajador a solicitar el reintegro, pudiendo el empleador evitarlo, con el pago de la indemnización prevista para los despidos de este tipo, más un recargo del veinticinco por ciento de la indemnización. De este modo, la consecuencia del despido injustificado es de carácter monetario, excepto en aquellos casos donde el trabajador o trabajadora goza de algún fuero laboral (fuero sindical, fuero de maternidad), que lo protege y le garantiza el reintegro, ante un despido injustificado.

Sin embargo, la norma constitucional en comento no ha corrido con la misma suerte en el sector público. Su desarrollo es incipiente, a pesar que la propia Carta

331 O'DONNELL, Daniel, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos". La igualdad de las personas y la prohibición de discriminación, Segunda Edición, Santiago de Chile, abril de 2007, página 916.

332 http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/promoviendo_igualdad_genero%5Bosr-stgo%5D.pdf. Convenios de la OIT y los derechos laborales de la mujer. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. ISBN 92-2-319199-8 / 978-92-2-319199-3 (impreso) ISBN 92-2-319200-5 / 978-92-2-319200-6 (versión web pdf). Página 15.

333 O'DONNELL, Daniel. Ob cit. página 915.

334 **Texto Único de la Constitución Política de Panamá**, Gaceta Oficial: 25176, publicada el 15-11-2004.

Magna contempla distintas carreras en la administración pública, como la judicial, la administrativa y otras.

El ordenamiento jurídico panameño cuenta con varias leyes y que regulan y desarrollan distintas carreras en la administración pública. No obstante, son mediatizadas y en ocasiones neutralizadas mediante leyes que suspenden su aplicación en el tiempo y minimizan sus efectos. Ha sido difícil superar la máxima que ha prevalecido por décadas en el sector gubernamental, consistente en que la autoridad nominadora debe reservarse, salvo excepciones previstas en la ley, la potestad de libre remoción, a efectos de contratar los copartidarios o afectos al régimen y poder así cumplir con la cuota de empleomanía, que le permitió ganar el poder público con el apoyo de electores y elegibles, esperanzados en puestos públicos.

De esta manera, la protección del trabajador público en materia laboral se reconoce por vía de excepción. Es decir, si bien a la autoridad nominadora se le reconocen las facultades de libre nombramiento y de remoción, la segunda solo puede ejercerla cuando el trabajador no está protegido por alguna ley especial. Un ejemplo de lo expresado es la Ley 42 de 1999. Esta ley contempla una protección especial en favor de los trabajadores con discapacidad. En su artículo 43 dispone que el trabajador diagnosticado con alguna discapacidad, tiene derecho a permanecer en su puesto de trabajo, y en el caso de no poder ejercerlo, tendrá derecho a que se tomen las medidas para su readaptación ocupacional.

Otro ejemplo lo es la Ley No. 59 de 28 de diciembre de 2005³³⁵, expedida para proteger a las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral. En su primer artículo le reconoce al trabajador que se le detecta cualquiera de estas enfermedades, el derecho a mantenerse en su área de trabajo, en igual condición a las que mantenía antes del diagnóstico, salvo que la enfermedad produzca incapacidad laboral.

Como vemos, a legislación panameña establece una protección especial a favor de las personas con discapacidad. Ya sea que la discapacidad la padezca antes del ingreso al cargo; que sea producto de alguna enfermedad o accidente estando en el cargo. La Ley 59 de 2005 contempla ambos supuestos.

No obstante, se observa que no existe una línea clara que determine de manera categórica cuándo las personas que padecen de ciertas enfermedades crónicas, degenerativas o involutivas que les produzca discapacidad laboral, están protegidas. Ejemplo de lo expresado son aquellas personas que sufren hipertensión arterial y diabetes.

La Ley 59 de 2005 define en su artículo 2 lo que debe entenderse por enfermedades crónicas, involutivas y degenerativas. La hipertensión arterial y la diabetes mellitus se encuentran incluidas dentro de las enfermedades crónicas, considerada como tal, cuando su tratamiento vaya más allá de los tres meses, y que el mismo sea paliativo y no curativo. En este caso, resulta determinante comprobar ambas condiciones.

335 Ley No. 59 de 29 de diciembre de 2005. Gaceta Oficial 25457.

Garantías judiciales

La demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción

Según lo establecido en el artículo 97 del Código Judicial, La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, es competente para revisar las demandas de Plena Jurisdicción, de Nulidad, de Reparación Directa, de interpretación, de apreciación de validez y de protección de los derechos humanos.

En esta oportunidad nos enfocaremos en revisar los requisitos esenciales de la demanda contenciosa administrativa de Plena Jurisdicción, toda vez que es la vía dispuesta por la ley para proteger el derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 42-b de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, dictamina de manera expresa que toda persona tiene derecho de interponer ante la Sala Tercera la acción de plena jurisdicción, con el objeto de que se le repare el derecho individual vulnerado.

La demanda contencioso administrativo de plena jurisdicción debe ser incoada por la persona que sufre la afectación; debe pedir que se declare nulo, por ilegal, el acto; al igual que la reparación del derecho afectado. Debe ser interpuesta dentro de los dos meses, siguientes a la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la afectación (artículo 42-b de la Ley 135 de 1943).

La acción debe estar dirigida contra el acto que causa la demanda. Tiene como fin la protección de los derechos subjetivos. Es necesario agotar la vía gubernativa (artículos 42 de la Ley 135 y artículo 200 de la Ley 38 de 2000). El Procurador de la Administración funge como parte dentro del proceso, en representación del interés de la ley, así como de los intereses nacionales, municipales, de las entidades públicas y en general de la administración pública (artículo 5, numerales 2 y 4 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000).

Se permite la intervención de un tercero, pero debe acreditar que tiene un interés directo en las resultas del proceso. La revocatoria del acto sólo afecta a la persona que interpuso la acción. La resolución que decide el proceso tiene carácter definitivo y se puede notificar personalmente o por edicto (artículo 64 de la Ley 135 de 1943). En este tipo de acciones no procede la condena en costas, toda vez que son demandas dirigidas contra el Estado, previsto así por el artículo 1077 del Código Judicial.

Para que esta demanda sea admitida, debe cumplir con ciertos parámetros establecidos en el artículo 43 de la mencionada ley, tales como: la designación de las partes y sus representantes (numeral 1); lo que se demanda (numeral 2); los hechos u omisiones fundamentales de la acción; la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de violación. Además debe acompañar al libelo de

demanda copia debidamente autenticada del acto acusado de ilegal, con la debida constancia de la notificación, según lo contemplado en el artículo 44.

En el supuesto de no haber logrado conseguir la respectiva copia, debe señalarlo así en la demanda, indicando los datos de la oficina donde se encuentra el documento en original, tal como lo dispone el artículo 46.

La demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción es utilizada con frecuencia, ante las violaciones del derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad. La jurisprudencia en este tema ciertamente es reiterativa y en ocasiones confrontada. Es decir, reiterativa en uno u otro sentido, afectando en algunos casos su operatividad, dados los requerimientos demandados en torno a la certificación de la enfermedad y a la discapacidad laboral.

Antes de la expedición de la Ley 59 de 2005, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a las personas que padecían alguna discapacidad, producto de algún accidente de trabajo o por alguna enfermedad. Señaló que el artículo 43 de la Ley 42 de 1999 debía ser interpretado como un régimen especial de estabilidad, no sólo para el funcionario que ingresaba al cargo con algún grado de discapacidad, sino además, para aquel funcionario que por enfermedad o por accidente sufre algún menoscabo de sus facultades que lo coloca en situación de discapacidad, luego de estar ocupando una posición laboral³³⁶.

La Ley 59 de 2005 en su artículo 5 establece que la condición de discapacidad deberá certificarse por una comisión interdisciplinaria, nombrada para tal fin. Sin embargo dicha comisión no ha sido creada, dando lugar a fallos controversiales y contrarios que nada bien hacen a la tutela judicial efectiva que debe asegurar y practicar el Estado a favor de los derechos previstos en la Ley 59. Como ejemplo mencionamos los fallos de 31 de enero de 2014, 25 de marzo de 2014, de 10 de agosto de 2012, entre otros; todos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, a raíz de demandas contencioso administrativa de Plena Jurisdicción interpuestas contra resoluciones expedidas por diversas entidades públicas, mediante las cuales declaran insubsistente el nombramiento de servidores públicos con discapacidades contempladas en la Ley 56, hemos podido constatar que un número plural de las entidades nominadoras invocan la facultad de libre nombramiento y de remoción. El fundamento legal es el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, que permite al Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo que dicta conjuntamente con el Ministro del Ramo, "Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción".

La falta de reglamentación de la Comisión Interdisciplinaria, responsable de certificar la discapacidad del servidor público que le produce incapacidad laboral, no puede ser una razón jurídica para escamotearle su derecho a la estabilidad laboral. El poder reglamentario está en manos del Estado, específicamente del Órgano Ejecuti-

336 **Fallo de 10 de junio de 2005.** Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por la licenciada Alma Cortez en representación de Carlos Henríquez, para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Alcaldía No. 1312 de 6 de octubre de 1999, expedido por el Alcalde del Distrito de Panamá.

vo, ya que de conformidad con el artículo 179, numeral 14, de la Constitución Política de Panamá, es atribución del Presidente de la República, junto al Ministro respectivo, reglamentar las leyes, sin apartarse del texto ni de su espíritu.

El Órgano Ejecutivo no ha cumplido con su deber de reglamentar, para invocar la ausencia de regulación para sostener que la especial protección no tiene aplicación. Tal accionar no solo es contrario a derecho, sino también que va en contra de la equidad y la justicia. Por ello, a efectos de salvaguardar los derechos contemplados en la Ley 56 y evitar abusos mientras el Estado expide la reglamentación requerida, es necesario que la jurisprudencia llene el vacío voluntario que existe, de manera que permita suplir la falta de la Comisión Interdisciplinaria con la certificación emanada de un médico idóneo del sector público. Que examine al servidor público y certifique si la enfermedad que padece le ha causado incapacidad laboral.

Esta posibilidad encuentra fundamento a lo previsto en el artículo 6 de la excerta legal citada, cuando establece que “el Órgano Ejecutivo, por conducto de Ministerio de Salud, gestionará los recursos económicos para financiar la atención integral de las personas que padezcan las enfermedades objeto de esta Ley”.

Es oportuno hacer una reflexión respecto a este punto, toda vez que al revisar la línea jurisprudencial actual, pareciera ser que le compete al afectado el comprobar su afectación, debiendo garantizar igualmente, que le certifiquen si su enfermedad le ha ocasionado incapacidad laboral. Se hace referencia en un sinnúmero de fallos que es necesario la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria situación extrema en la que se le ubica al afectado. Criterio distinto se expresa en el fallo de 5 de junio de 2009, mediante el cual la Sala Tercera consideró que la entidad nominadora no tomó en cuenta que la afectada-demandante por su condición de madre de un menor en condiciones de discapacidad se encontraba amparada por los artículos 1 y 41 de la Ley 42 de 1999, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 88 de 2002, los cuales obligan a dar prioridad al desarrollo integral de la población con discapacidad³³⁷.

Sigue señalando que el Decreto Ejecutivo No. 88 de 12 de noviembre de 2002, “establece de forma precisa la política de Estado de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ámbito de salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura, entre otros, obligando al mismo y la sociedad a ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad”.

Y es que este derecho va más allá de la protección que se busca al trabajador. El fallo expresa que debe ser una política de Estado el asegurar que estas personas o sus familiares puedan contar con el apoyo, el cual abarca aspectos tales como el ase-

337 **Fallo 5 de junio de 2009.** Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el licenciado Elvis Nieto Castillo, actuando en representación de Neira Valdés Rodríguez de Ordoñez, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 337-2004-09-14 del 14 de septiembre de 2004, emitida por la Secretaria General del Banco Hipotecario Nacional.

gurar la atención médica de los servicios de rehabilitación a efecto que pueden desenvolverse plenamente en sociedad³³⁸.

En este sentido, encuentra amparo lo resuelto mediante este fallo, lo regulado en la Convención del Retraso Mental de 20 de diciembre de 1971 y la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual destaca la protección no sólo a las personas con discapacidad sino que además, la extiende a sus familiares.

La Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, contempla en su artículo 3: “El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tienen los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible”³³⁹.

Lamentablemente no vemos que el Estado Panameño, a través de sus entidades públicas, haya asumido este rol, a pesar de ser parte de los países que ratificaron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁴⁰, vigente desde el 3 de mayo de 2008, y cuya normativa contiene una estructura amplia e integral que desarrolla diversas situaciones de las personas con discapacidad. El Estado Panameño no ha puesto en práctica lo señalado en las diferentes normativas que regulan lo concerniente a esta materia.

El referido convenio contempla en su artículo 4, que los países que formen parte de ésta convención, se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación. Esta Convención va dirigida a promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

Protección mediante el amparo de derechos fundamentales

Fundamentación doctrinal y normativa de la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad

La protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad se encuentra sustentada en la igualdad, entendida como derecho fundamental, como

338 **ARANGO DURLING**, Virginia. “*Derechos Humanos Colectivos*”. Panamá, Ediciones Panamá Viejo, abril – 2002, página 35-36.

339 **Declaración de los Derechos de los Impedidos**. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

(http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/instru_prot_discapa/decla_derech_impedi.pdf)

340 <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

principio y como concepto relacional “...que implica un juicio comparativo desde donde se pretende atisbar y dilucidar identidades y diferencias”.³⁴¹

En la Constitución de la República de Panamá, la igualdad aparece consagrada en los artículos 19 y 20. El artículo 20 establece el derecho a la igualdad, al disponer que “Los panameños y extranjeros son iguales ante la Ley...”. Tradicionalmente, se ha interpretado este precepto en el sentido de que las autoridades tienen el deber de dirigir sus actuaciones dispensando el mismo trato a todas las personas a las que sea aplicable una ley, sin excepción. Esto es lo que se conoce como *igualdad en sentido formal*.

Por su parte, el artículo 19, consagra el denominado “principio de no discriminación”, al disponer que “No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”. Esta última disposición crea, en principio, para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias y lista una serie de factores que el constituyente considera *capaces de generar tratos desiguales*, como lo son la raza, el sexo, la discapacidad, la clase social, la religión y las ideas políticas.

Desde esa perspectiva, el concepto de igualdad ha evolucionado considerablemente alejándose cada vez más de la igualdad formal para dirigirse a un concepto de igualdad material, real y efectiva la cual se construye bajo un paradigma diferente: se parte del criterio que la igualdad no es accesible en igualdad de condiciones para todas las personas y que, en determinados casos resulta imposible su disfrute, si el Estado no dispone determinadas facilidades, a fin de que quienes se encuentran en franca desventaja para ejercer su derecho frente a otros, puedan acceder al mismo.

De ahí que comience a entenderse el principio de igualdad desde un punto de vista relacional, que entiende que lo que la Constitución prohíbe son los tratos arbitrariamente desiguales, esto es, aquellos para los cuales no existe una explicación razonable que sustente el trato distinto o diferenciado. Ello es así pues, como explica Antonio Enrique Pérez Luño la igualdad ante la ley implica, en ocasiones “...el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de igualdad ante la Ley se traduzca en uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando ‘los supuestos de hecho que se producen en la vida son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero’”.³⁴²

En ese contexto, surgen las denominadas *acciones positivas* como mecanismos eficaces para lograr, mediante la diferenciación de trato, reducir o eliminar las desigualdades existentes entre distintos grupos o géneros de la sociedad. El autor David Jiménez Glück se refiere a las acciones positivas como “...las normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tienen como finalidad

341 AGUILERA PORTALES, Rafael, op.c it. p. 109.

342 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “*Dimensiones de la Igualdad*”, 2da Edición, Cuadernos Bartolomé De Las Casas N° 34, editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2007, p.28.

luchar contra la situación de *desigualdad material* de estos últimos. Las tres características principales de este tipo de medidas son: a) la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, *tiene como fundamento la igualdad material* entre colectivos; b) la medida tiene como finalidad *compensar la desigualdad material* que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; y c) *el rasgo que determina la diferenciación es la característica* que los cohesionan como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, la raza, etc.), característica que explícita o implícitamente...se recoge en la Constitución como rasgo especialmente sospechoso”³⁴³

Las normas de protección especial que adopta el Estado en favor de las personas con discapacidad se ubica entonces dentro de esas acciones positivas, afirmativas o *garantías legislativas diferenciadas*.³⁴⁴

En Panamá, uno de los instrumentos que establecen normas de protección especial a personas socialmente discriminadas es la Ley N° 42 de 1999, “*Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad*”, publicada en la Gaceta Oficial N°. 23,876 de 31 de agosto de 1999, reglamentada a su vez por el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, publicado en la Gaceta Oficial 24,682 de 18 de noviembre de 2002.

La referida Ley 42 de 1999, en su artículo 1° declara de interés social el desarrollo integral de la población con discapacidad “...en igualdad de condiciones de calidad de vida, oportunidades, derechos y deberes, que el resto de la sociedad, con miras a su realización personal y total integración social. También se declaran de interés social, la asistencia y tutela necesarias para las personas que presenten una disminución profunda de sus facultades”.

El carácter de acción afirmativa de la Ley 42 de 1999 se evidencia al revisar sus objetivos entre los que se destaca el de lograr las condiciones materiales y jurídicas que permitan al Estado “...adoptar las medidas necesarias para la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad, garantizándoles salud, educación, trabajo, vivienda, recreación, deporte y cultura, así como vida familiar y comunitaria”. El referido cuerpo legal, define la discapacidad en su artículo 3, numeral 4, en los siguientes términos:

Artículo 3

Para los efectos de la presente Ley, en los siguientes términos se definen así:

1...

343 JIMÉNEZ GLÜCK, David, “*Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, f. 316.

344 Cfr. PISARELLO, GERARDO, “*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*”, Editorial Trotta, Madrid, p. 118.

...4. **Discapacidad.** Alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.

Por su parte, el artículo 55 del Decreto Ejecutivo Nº 88 de 12 de noviembre de 2002, que reglamenta la Ley 42 de 1999, establece la forma como se determina la existencia de una discapacidad e indica al respecto que:

Artículo 55

“La discapacidad, capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o empleado público, será **diagnosticada** por el Ministerio de salud o la Caja de Seguro Social, quienes deberán, además, **determinar** el grado de dicha discapacidad. Este diagnóstico servirá de base para establecer, de acuerdo al grado de discapacidad, la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo o la reubicación del mismo dentro de la empresa, en concordancia a sus posibilidades y potencialidades o su ingreso a los programas de readaptación profesional u ocupacional...” (Las negritas y subrayas son nuestras).

Tres casos emblemáticos

Para ilustrar la situación de la tutela del derechos de las personas con discapacidad en el sector público *de gozar de un régimen de estabilidad laboral reforzado*, derivado de las normas de protección especial establecidas por el Estado en favor las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad a causa de una discapacidad, analizaremos el contenido de tres sentencias significativas de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, dictadas en época reciente en sede de amparo de derechos fundamentales.

La primera, es la *Sentencia del Pleno de 11 de octubre de 2011*, que resolvió al amparo de derechos fundamentales presentado por Alfonso Montoya contra el Ministro de Obras Públicas, quien lo destituyó de su cargo, con fundamento en la *potestad discrecional de la autoridad nominadora* que contempla el artículo 629, numeral 18 del Código Administrativo. En este caso, si bien el amparista alegó padecer de una discapacidad en su pierna izquierda, adquirida como consecuencia de un accidente de trabajo, el funcionario demandado expresó que el mismo “...no demostró gozar del status que concede el artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 2002 mediante el cual se reglamenta la Ley 42 de 1999...”³⁴⁵.

345 Cfr. Sentencia del Pleno de 11 de octubre de 2010.

La segunda decisión que analizaremos, es la *Sentencia del Pleno de 24 de enero de 2012*, que resolvió el amparo promovido por María de los Ángeles Fenton, contra el *Decreto de Personal N° 104 de 18 de julio de 2008*, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, que la destituyó del cargo de Agregada Cultural de la Embajada de Panamá en Suecia, con fundamento en la discrecionalidad de la autoridad nominadora, a pesar de que *hizo saber que padecía de una discapacidad permanente*, por lo que se encontraba amparada por la Ley 42 de 27 de agosto de 1999 y el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002.

La tercera resolución que se revisará, es la Sentencia del Pleno de 12 de diciembre de 2013, que concedió el amparo interpuesto por Martín Moreno Melgar, contra el Decreto Ejecutivo de Personal N° 37 de 31 de enero de 2012 del Ministerio de Economía y Finanzas que lo removió del cargo de Analista de Sistemas y Métodos Informáticos I, con fundamento en el artículo 629, numeral 18, del Código Administrativo “que consagra la facultad del Presidente de la República, como suprema Autoridad Administrativa de remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre nombramiento y remoción”. En este caso, el amparista alegaba que fue despedido sin justa causa y sin haber cometido falta alguna que amerite algún tipo de sanción disciplinaria y ***sin considerar que es padre de una menor discapacitada que padece retardo mental moderado diagnosticado y certificado por la Caja de Seguro Social***, por lo que alegó desconocimiento de la protección que le brindan a los discapacitados y a su familia la Ley 42 de 27 de agosto de 1999 y el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, la Convención del Retrasado Mental de 20 de diciembre de 1971, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las cuales se desprende que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesaria para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente en condiciones de igualdad, se le vulneró el debido proceso y su derecho al trabajo, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la alimentación de su hija.

La reducción de cortapisas formales

La tutela constitucional del derecho de las personas con discapacidad ha conllevado una importante flexibilización de aspectos procedimentales que antes hacían imposible la obtención de la prueba de la discapacidad. Recordemos que el artículo 55 del Decreto Ejecutivo N° 88 de 2002, exige que la discapacidad, capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o empleado público, sea diagnosticada por el Ministerio de Salud o la Caja de Seguro Social, entidades del Estado sobre quienes recae la responsabilidad de determinar el grado de la discapacidad.

Sin embargo, lo cierto es que el procedimiento de tramitación del amparo de derechos fundamentales en Panamá, que se encuentra regulado en el Título III del Libro IV del Código Judicial, no contempla un período para la práctica de pruebas, lo que

implica que el Tribunal de Amparo debe decidir, con las pruebas que consten en autos. Eso hacía casi imposible que, ante la ausencia de la evaluación correspondiente, la Corte pudiera contar con la prueba idónea que exige la Ley para acreditar la discapacidad y su grado.

La práctica excepcional de pruebas de oficio en sede de amparo de derechos fundamentales

Al enfrentar la necesidad de resolver los casos promovidos por trabajadores que alegaban ser personas con una discapacidad, la Corte se vio compelida a extender la práctica oficiosa de pruebas como potestad del Juez³⁴⁶, a aquellos casos en los que el amparista es una persona que alega padecer una discapacidad y no se cuenta en el expediente con la prueba idónea para descartar la existencia o no de la misma.³⁴⁷

Esta práctica jurisprudencial comenzó con el Auto para mejor proveer de 17 de mayo de 2010 y se ha repetido en otros casos, en los que se ha promovido un amparo de derechos fundamentales alegando la vulneración de derechos de una persona con discapacidad. El criterio medular que ha utilizado la Corte Suprema para sustentar la decisión de ordenar pruebas de oficio, ha sido que en materia de tutela de los derechos fundamentales rige el principio constitucional *pro homine*, conforme al cual “...siempre, y no sólo en caso de dudas, debe optarse por una interpretación que procure la mejor tutela, satisfacción, promoción y reconocimiento de los derechos y Garantías Fundamentales”.³⁴⁸

Es desde ese planteamiento que la Corte ha sustentado que el Tribunal de Amparo puede practicar pruebas de oficio en caso de dudas, máxime cuando la tutela es exigida por una persona que alega estar en un **estado de vulnerabilidad**, como es el caso de los discapacitados, a fin de que figure en el expediente de amparo la prueba que exige el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, que es la normativa reglamentaria de la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999. El referido Decreto reglamentario, en su artículo 55 dispone que “La discapacidad, capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o empleado público, será *diagnosticada* por

346 Debe tenerse presente que, en el procedimiento de tramitación del amparo en Panamá, no existe un período para la práctica de pruebas de las partes y si bien el artículo 2623 del Código Judicial autoriza a que si el funcionario o corporación demandados no rindiere el informe de rigor, el tribunal puede practicar las pruebas que considere conducentes para aclarar los hechos y con vista de ellas fallará prescindiendo de la actuación o del informe, esta facultad es raramente ejercida por el tribunal de amparo.

347 Para un mejor estudio de las más recientes tendencias en materia de protección de derechos a través del amparo de derechos fundamentales en Panamá véase MEJIA EDWARDS, Jerónimo, “Tendencias Jurisprudenciales Del Amparo Panameño”, Ponencia dictada por el Magistrado Jerónimo Mejía Edward el 7 de junio de 2013, en las XIX Jornadas de Derecho Constitucional del Centro de Estudios y Formación Constitucional de Centroamérica y el Caribe (CEFCCA), efectuadas en el Salón de Audiencias del Segundo Tribunal de Justicia del Palacio de Justicia Gil Ponce de la Ciudad de Panamá.

348 Cfr. Autos para mejor Proveer de 17 de mayo de 2010, 19 de mayo de 2010 y 19 de febrero de 2013, dictados por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Unitaria.

el Ministerio de salud o la Caja de Seguro Social, quienes deberán, además, *determinar el grado de dicha discapacidad*. Este diagnóstico servirá de base para establecer, de acuerdo al grado de discapacidad, la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo o la reubicación del mismo dentro de la empresa, en concordancia a sus posibilidades y potencialidades o su ingreso a los programas de readaptación profesional u ocupacional...”. (Las cursivas son nuestras).

La Inversión de la carga de la prueba

Otro impedimento formal que ha debido superar la jurisprudencia a efectos de hacer efectiva la protección de la estabilidad laboral de las personas con discapacidad, es el principio procesal de que en el proceso cada parte debe de probar los supuestos de hecho de las normas que sustentan sus pretensiones o excepciones. Sin embargo, en el caso de los procesos de amparo promovidos por personas que han sido destituidos de sus puestos de trabajo en el sector público en virtud del criterio de que son funcionarios de “libre nombramiento y remoción”, pero que alegan padecer una discapacidad la Corte ha determinado que “...la ausencia de actividad probatoria por parte de dicha persona **no releva a la autoridad del deber especial de tutelar a las personas que padezcan una discapacidad**, lo que se traduce en la obligación de la autoridad de practicar, de oficio, las respectivas evaluaciones, cuando *exista un indicio de la discapacidad*”.³⁴⁹

En este sentido, la Corte ha entendido que para que esa efectiva equiparación de oportunidades que promueve el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, todos los sistemas del Estado y la sociedad deben ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad, lo cual crea para las instituciones del Estado la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “...el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad...”, como lo indica el artículo 8 de la Ley N° 42 de 1999, lo que resulta consecuente con el contenido del artículo 17 de la Constitución Nacional que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de *proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar los derechos y deberes individuales y sociales* y cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.³⁵⁰

En este sentido, el Pleno considera que:

³⁴⁹ Sentencia del Pleno de 11 de octubre de 2010.

³⁵⁰ La Corte también ha aplicado el artículo 17 para ubicar el desarrollo de derechos que no se encuentran recogidos de manera explícita en la Constitución en normas legales y tutelar derechos de las personas. Cfr. al respecto, DIAZ DE NICOLAS, Iris, “El artículo 17 de la Constitución de la República de Panamá, a partir de la Reforma Constitucional de 2004”, en “Modernización de la Justicia desde la perspectiva panameña y mexicana”, publicada por el Órgano Judicial y Universidad Autónoma de Nuevo León, Panamá, 2013, p. 579.

“Es cierto que existe un principio procesal, conforme al cual las partes en un proceso tienen la carga de probar los hechos que sustentan sus pretensiones y excepciones, según sea el caso. Ello, a pesar de que el artículo 17 de la Constitución Nacional dispone el deber de las autoridades de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales. Sin embargo, tratándose de un caso de discapacidad, si bien la parte que la alega debe procurar acreditar tal extremo, la ausencia de actividad probatoria por parte de dicha persona no releva a la autoridad del deber especial de tutelar a las personas que padezcan una discapacidad, lo que se traduce en la obligación de la autoridad de practicar, de oficio, las respectivas evaluaciones, cuando *exista un indicio de la discapacidad*.”

La Corte es del criterio que en el presente caso, *recaía sobre el Órgano Ejecutivo, por conducto del Director del Ministerio de Obras Públicas, la carga de ordenar lo conducente a fin de determinar si el amparista era o no discapacitado, antes de proceder a confirmar su destitución*, tomando en cuenta que el mismo advirtió a la autoridad nominadora que padece una discapacidad a causa de un accidente laboral y que en su expediente de personal reposan múltiples certificados de incapacidad que evidencian el haber sufrido una lesión a causa de accidente laboral (Cfr. fojas 13 a 25 de los antecedentes).

Esa es la manera como en este caso se debía cumplir con la exigencia prevista en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución, consistente en el deber que tienen las autoridades de la República de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales”.³⁵¹

Reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad

La Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la tutela del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad en la *Sentencia de 24 de enero de 2012*, al resolver el amparo promovido por María de Los Ángeles Fenton, el cual concedió tras estimar que la amparista gozaba de “...la protección especial que establece el artículo 43 de la Ley 42 de 1999. Dicha disposición establece que “El trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por autoridades competentes, *tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo...*”.

El referido fallo de 24 de enero de 2012 estableció con propiedad que el artículo 43 de la Ley 42 de 1999 establece a favor de los discapacitados, entre otros, los siguientes derechos:

1. El derecho a **no ser separados de su empleo público** o particular por causa de su discapacidad.

351 Cfr. Sentencia del Pleno de 11 de octubre de 2010.

2. El derecho a que, en caso de que no pueda ejercer su puesto, se tomen las medidas para su readaptación profesional u ocupacional.
3. El derecho a la adaptación del puesto de trabajo que ocupa dentro de la empresa o a ser reubicado de acuerdo con sus posibilidades y potencialidades, sin menoscabar su salario.

La Corte ha reconocido sin reservas que los servidores del Estado que padecen una discapacidad, *gozan de una estabilidad reforzada en sus puestos de trabajo y que esa protección* "...si bien no alcanza el carácter de intocable, implica que los discapacitados y discapacitadas **sólo podrán ser despedidos mediante una justa causa prevista en la Ley**, aunque la posición que ocupe sea de aquellas que -de ordinario- se consideran de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo".³⁵²

Este criterio, vino a modificar una historia de decisiones que dejaban en manos de la potestad discrecional de la autoridad nominadora el determinar, en cualquier caso, si una persona discapacitada permanecía o no en su puesto de trabajo y empoderaba a los discapacitados de una estabilidad reforzada que, si bien estaba reconocida en la Ley desde 1999, no podía ser reclamada con éxito en sede constitucional subjetiva y a la que ahora pueden acceder a través del amparo de derechos fundamentales.

Es importante destacar que lo que la Corte ha establecido es que, para destituir a una persona discapacitada, debe seguirse un procedimiento que le garantice el derecho de defensa y el cumplimiento de todas las garantías que le concede la Ley, por eso la estabilidad reforzada aparece ligada en los fallos de 11 de octubre de 2010, 24 de enero de 2011 y 12 de diciembre de 2013 al derecho al debido proceso, pues la negación de la estabilidad reforzada de los trabajadores amparados por la Ley 42 de 1999 implica, per se, el desconocimiento de un procedimiento distinto aplicable a los casos en que la persona destituida tenga una discapacidad.

En ese orden de ideas, la Corte enfatiza que el Decreto que destituyó a la amparista de su cargo en el Ministerio de Relaciones Exteriores, no especificó la existencia de ninguna causa legal que justificara su destitución con lo que se "...afectó el derecho fundamental de la amparista al debido proceso, pues la destituyó como si fuera una funcionaria de libre nombramiento y remoción, cuando la misma se encontraba amparada por el régimen especial de estabilidad que establece la Ley 42 de 1999."³⁵³

De ahí que concluya la Corte que habida cuenta que el Decreto que destituyó a la amparista de su cargo en el Ministerio de Relaciones Exteriores, no especificó la existencia de ninguna causa legal que justifique la destitución de MARIA DE LOS ANGELES FENTON -fuera de la potestad discrecional de la autoridad nominadora-, el acto recurrido "...afectó el derecho fundamental de la amparista al debido proceso, pues la destituyó como si fuera una funcionaria de libre nombramiento y remoción, cuando

352 Sentencia del Pleno de 24 de enero de 2012.

353 Idem.

la misma se encontraba amparada por el régimen especial de estabilidad que establece la Ley 42 de 1999 que exige, para que una persona discapacitada sea destituida, que se demuestre previamente la existencia de una causal disciplinaria válida, capaz de desligarla de la protección especial que la ampara por su condición de discapacitada, *atendiendo al procedimiento administrativo aplicable*".

La protección de la dignidad humana

La dignidad humana como objeto de la tutela constitucional en sede de amparo, fue invocada como criterio de decisión en el fallo de 12 de diciembre de 2013, en el cual el Pleno, en la misma línea argumentativa de las Sentencias de 10 de octubre de 2010 y 24 de enero de 2011, extendió la protección constitucional del derecho de las personas con discapacidad, **a los padres, tutores o curadores de las personas que padecen discapacidad.**

La Corte consideró que, para que realmente se cumpla con la diferenciación de trato que establece el artículo 43 de la Ley 42 de 1999, a favor de la equiparación de las personas que padecen discapacidad, se debe colocar tanto a la persona que padece la discapacidad como a sus padres, tutores o curadores de los cuales dependan, en un régimen especial de estabilidad laboral que, les permita "... gozar de todos los derechos, prerrogativas y demás que como discapacitados merecen, los cuales se afectan cuando sus padres, tutores o curadores son cesados de sus puestos o fuentes de ingreso".³⁵⁴

A esa conclusión llegó la Corte, luego de considerar que las pruebas de oficio practicadas por órdenes del Tribunal de Amparo acreditaron la discapacidad de la menor y que el amparista Martín Moreno Melgar, al presentar su demanda probó el vínculo jurídico que le une a su hija discapacitada, por lo decidió conceder el amparo al estimar que la autoridad nominadora no podía ejercer su facultad discrecional para destituir al amparista, sin tomar en cuenta que es padre de *una persona en condiciones de discapacidad*. En este caso altamente representativo, la Corte estimó que "...atendiendo a la especial protección de las personas que sufren discapacidad, se entiende que el mismo no podía ser despedido sin una causal justificada y sin que se le haya seguido el procedimiento legalmente establecido para su destitución".³⁵⁵ Por ello, concluyó que la actuación del Ministerio de Economía y Finanzas, "...desconoce la diferenciación de trato establecida por el artículo 43 de la Ley 42 de 1999 que se genera del deber de las autoridades proteger a las personas que padecen de alguna discapacidad comprobada conforme a la Ley y que permite colocar bajo el régimen especial de estabilidad, contenido en el artículo 43 de la Ley 42 de 1999 tanto a los discapacitados como a sus padres, tutores o curadores, de tal suerte que no puedan ser destituidos de su cargo sin justa causa, en cuyo caso la

354 Cfr. Sentencia de 12 de diciembre de 2013.

355 Idem.

destitución debe dictarse en estricto cumplimiento del debido proceso, mediante Resolución debidamente motivada (Vid. Sentencias del Pleno de 10 de octubre de 2010 y 24 de enero de 2011 y de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 5 de junio de 2009 y 10 de junio de 2011).

En ese fallo se señaló que “El acto recurrido, al destituir al amparista MARTÍN MORENO MELGAR de su cargo de ANALISTA DE SISTEMAS Y METODOS INFORMATICOS I ...sin causa justificada, en ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, afectó su derecho fundamental al debido proceso y al trabajo, *con la consecuyente afectación de su dignidad humana, causada por la privación de su fuente de empleo y la imposibilidad de suplir adecuadamente las necesidades de alimento, educación y salud de su hija menor S.M.M.C., quien es discapacitada*” (Las negritas son nuestras).³⁵⁶

Como se observa, la citada sentencia de 12 de diciembre de 2013, introdujo a la motivación de la decisión de la causa constitucional subjetiva un elemento poco abordados en la jurisprudencia, como lo es el criterio de **dignidad humana** del padre, el cual se estimó afectado con la privación arbitraria de su fuente de empleo que le imposibilitaba de suplir adecuadamente las necesidades de alimento, educación y salud de su hija discapacitada.

Estimamos que, si bien la referencia a la dignidad humana es sólo tangencial, el mismo comienza a ligarse a la privación del derecho a la igualdad, pues la aplicación de un parámetro general por parte del Estado, como lo es la destitución de funcionarios de libre nombramiento y remoción por la simple discrecionalidad de la autoridad nominadora, lesiona la dignidad del servidor público contra la cual fue ejercitada, porque desconoció una situación particular que le afectaba de manera individual, motivada en la discapacidad que sufre su hija³⁵⁷.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico contempla la protección y las garantías judiciales al derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad, siempre que la misma le produzca incapacidad para laboral. Esta protección y garantías están consagradas en distintas leyes especiales, estableciendo dicha protección con carácter de excepción.

La protección al derecho a la estabilidad laboral del servidor público con discapacidad está confrontando serios inconvenientes, en virtud a la falta de reglamentación de la Comisión Interdisciplinaria facultada por la Ley 59 de 2005 para certificar las enfermedades que producen la incapacidad laboral. El vacío existente es invocado en distintas ocasiones por el Órgano Ejecutivo, precisamente el responsable de dictar la reglamentación, para negar la aplicación de la Ley 59 de 2005, a fin de despedir a

356 Idem.

357 Cfr. DALY, Erin, “Dignity Rights. Courts, constitution and the worth of Human Person”, Philadelphia, 2013, pp. 35-36.

servidores públicos con discapacidad. Esta situación obliga a la administración de justicia a llenar el vacío voluntario, admitiendo como medio de prueba la certificación emitida por un médico idóneo del Estado.

En materia de amparo el escenario es un tanto diferente, pues a partir del año 2010 la jurisprudencia ha optado por tutelar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el sector público, extendiendo esa protección a sus padres, tutores o curadores, en Panamá.

Con igual constancia se han reducido los impedimentos formales para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, en una atinada aplicación del principio *pro homine* al ordenarse pruebas de oficio en materia de amparo, a fin descartar la existencia o no de la discapacidad alegada y al trasladar al funcionario que deba resolver una petición o recurso en el cual el recurrente alegue que padece de una discapacidad, la responsabilidad de ordenar las pruebas pertinentes a fin de que la Caja de Seguro Social o el Ministerio de Salud, según sea el caso, realice las evaluaciones correspondientes que permitan descartar la existencia o no de discapacidad y el grado de la misma.

La inclusión en la Sentencia reciente de 12 de diciembre de 2013, del criterio de dignidad humana, ligado a la imposibilidad del recurrente de suplir adecuadamente las necesidades de alimento, educación y salud de su hija menor de edad y discapacitada, inicia una discusión sobre la justiciabilidad de la dignidad como derecho, debate novedoso en nuestro medio, que requerirá profundos y conscientes análisis de juristas y jueces constitucionales a fin de precisar su alcance y contenido.

Bibliografía

- ABRANOVICH**, Víctor y **COURTIS**, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Editorial Trotta, s.a., Madrid, 2004, p. 255.
- ARANGO DURLING**, Virginia. "Derechos Humanos Colectivos", Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2002.
- ARANGO DURLING**, Virginia. "Introducción a los Derechos Humanos", Segunda Edición, corregida y aumentada, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2002.
- ATRIA**, Fernando. Ponencia Plenaria en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Azul, págs. 19-20, 2002.
- AGUILERA PORTALES**, Rafael, "*Concepto y Fundamento de los derechos Humanos. Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo del Estado de Nuevo León*", México, 2010, pp. 152.
- BREWER-CARIAS**, Allan. "Derecho Procesal Constitucional", Instrumentos para la Justicia Constitucional, Primera Edición, 2012, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A..
- DIAZ DE NICOLAS**, Iris, "*El artículo 17 de la Constitución de la República de Panamá, a partir de la Reforma Constitucional de 2004*". En "*Modernización de la Justicia desde la perspectiva panameña y mexicana*", publicada por el Órgano Judicial y Universidad Autónoma de Nuevo León, Panamá, 2013, pp. 567-584.
- GARRIDO FALLAS**, Fernando. "Tratados de Derecho Administrativo", Volumen 1, Undécima Edición, Editorial, Tecnos, Madrid, págs. 241-242, 175, 1989.
- GOLDIN**, Adrián. "Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina", Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra. Primera Edición, Publicaciones del IIEL, case postale 6, CH-1211 Ginebra 22 (Suiza), 2007.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS** “*Derecho de las personas con discapacidad: Módulo 6*”, San José, 2007, pp. 91.
- MEJÍA EDWARDS**, Jerónimo, “*Estatus Jurídico de Los Derechos Humanos en el Derecho Interno panameño luego de las reformas constitucionales de 2004*”, en *Nuevas Tendencias: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*, Sergio Cuarezma Terán (Compilador), Managua, pp. 663-691.
- O’DONNELL**, Daniel, “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La igualdad de las personas y la prohibición de discriminación*”, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2007.
- PATRON LOPEZ**, Olga C., “*Int. Law. Rev-Colombia. Derecho Int.*” Bogotá (Colombia) No. 12: 183-216, Edición Especial, 2008.
- PEREZ LUÑO**, Antonio Enrique, “*Dimensiones de la Igualdad*”, 2da Edición, Cuadernos Bartolomé De Las Casas N° 34, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2007, pp. 135.
- VASQUEZ VIALARD**, Antonio. “*XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Tomo I. Editora Sibauste, S.A., pág. 59, 1998.
- VIDAL PERDOMO**, Jaime, “*Derecho Administrativo*”, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, pág. 38, 1987.

Textos Jurídicos

- Ley 42 de 27 de agosto de 1999** “Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”.
- Ley No. 59 de 28 de diciembre de 2005.**
- Ley No. 38 de 31 de julio de 2000** “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones especiales”, publicada en la Gaceta Oficial No. 24.109.
- Ley 33 de 1946** de 11 de septiembre de 1946 “Por la cual se reforma la Ley No. 135 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, publicada en la Gaceta Oficial No. 10.113.
- Ley No.135 de 1943** adicionada por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946.
- Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002** “Por medio del cual se reglamenta la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la Equiparación de Oportunidades para las personas con Discapacidad”.
- Código Administrativo de la República de Panamá**, 3ra. Edición, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2006.
- Código Judicial, 15ª**. Edición, Editorial Mizrachi & Pujol,S.A., Panamá, 2005.
- Texto Único de la Constitución Política de la Republica de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004.
- Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convenios de la OIT y los derechos laborales de la mujer. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. ISBN 92-2-319199-8 / 978-92-2-319199-3 (impreso) ISBN 92-2-319200-5 / 978-92-2-319200-6 (versión web pdf).

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá

- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá 10 de octubre de 2010.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 24 de enero de 2012.
- Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 12 de diciembre de 2013.
- Auto para mejor proveer de 17 de mayo de 2010 dictado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Unitaria.
- Auto para mejor proveer de 19 de mayo de 2010 dictado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Unitaria.
- Auto para mejor proveer de 19 de febrero de 2013 dictado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Unitaria.

Sitios web

- www.polwiss.uni-erlangen.delprofessuren/.../MK_Los_Derechos.pdf
- <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/61/pr/pr25.pdf>
- (http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/instru_prot_discapa/decla_derech_impedi.pdf)
- <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>
- http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/promoviendo_igualdad_genero%5Bosr-stgo%5D.pdf.

Mediación familiar

Nelly Cedeño de Paredes

Sumario: 1. Introducción, 2. Mediación una herramienta para la educación; artículo 40, 3. El sistema de orientadores y conciliadores, mediadores y los facilitadores judiciales en panamá; la mediación; fase 1°; fase 2°; fase 3°; fase 4°; fase 5°; facilitadores judiciales; antecedentes; ¿quiénes son los facilitadores comunitarios?; las funciones principales; ¿qué hacen los facilitadores comunitarios?; ¿cómo operan los facilitadores comunitarios?; 4. Conclusiones, 5. Bibliografía.

Introducción

La experiencia vivida durante todos estos años en la administración de justicia, me permite compartir con ustedes la realidad de las familias y el manejo de sus conflictos ya sea a por medio de la vida jurídica o a través de la mediación.

Por medio de la intermediación de los abogados, equipo interdisciplinario, defensores, fiscales, jueces, magistrados y las partes en conflicto quienes como autores y partícipes del conflicto, he tenido la oportunidad de analizar la falencias de un sistema de confrontación y los beneficios obtenidos en los acuerdos de mediación.

Los métodos alternativos de solución de conflictos son herramientas diseñadas para que las partes analicen sus divergencias y determinen los cambios necesarios dentro del círculo familiar.

Sabemos que la tarea no ha sido fácil. Las convenciones sociales ligadas a nuestra sociedad son producto de estereotipos heredados de tradiciones que no han permitido la reflexión y la consciencia social de los ciudadanos.

Como consecuencia de tales conformidades encontramos sujetos con conductas condicionadas a reglas que no les permiten considerar de manera positiva su capacidad de decidir y encontrar soluciones ante la adversidad.

Por tal razón, es de suma trascendencia enfocar la educación en el desarrollo de conductas que desplieguen la capacidad de pensar, actuar, hablar y sentir.

Esto ha provocado a que el fenómeno de la desintegración familiar induzca a una percepción distorsionada de nuestra realidad. Es importante un cambio de consciencia que mitigue el sufrimiento, el maltrato y las muertes de forma violenta.

La mediación familiar es un proceso de enseñanza aprendizaje que ofrece la confianza como elemento primordial, que, en oposición a otros procedimientos judiciales, no infunde temor o miedo en los participantes. Esto es esencial antes, durante y después de un proceso de divorcio en cuanto a que contribuye a las relaciones personales adecuadas y a posibles acuerdos en procesos inherentes a la familia – pensión alimenticia, guarda, crianza y reglamentación de visitas, régimen económico matrimonial y patria potestad.

El resultado de la enseñanza-aprendizaje a través de la mediación, es práctico y con base a la experiencia y consciencia real y plena; es integral, a causa de que integra a otros miembros de la familia.

De esta manera, no existe desde esta perspectiva, una herramienta más adecuada para el manejo del conflicto y que, a la vez, equilibre las decisiones por medio de acuerdos y con el sólo objetivo de mantener el equilibrio emocional, liberar de culpa y guiar al entorno familiar hacia una relación sana, positiva y constructiva.

Mediación una herramienta para la educación

“Un tiburón con grandes dientes”. Así nuestra sociedad ha identificado al profesional del derecho. Un escualo con capacidad de devorar todo lo que se interponga en su camino.

Esto nos indica que nuestra formación está fundada en patrones de conductas basados en estereotipos sociales que han sido adoptados por nuevas generaciones y que lesionan la institución familiar, base de la sociedad.

Actualmente las elevadas estadísticas en cuanto a los procesos de familia - divorcio, filiación, guarda, crianza y reglamentación de visitas, liquidación de regímenes económicos – revelan que existe un deseo de controversia que se demuestra en los tribunales como única alternativa al conflicto entablado.

Sin embargo, muy contrario a lo que se observa, para los que hemos tenido la oportunidad de ampliar nuestros conocimientos sobre el manejo de conflictos, podemos visualizar los resultados de manera positiva; temática que es ignorada por el profesional del derecho y que arrincona al ciudadano común.

JOHN M. HAYNES en su obra *La Mediación en el Divorcio*, señala que **el conflicto es sano, pero el conflicto no resuelto es peligroso** (página 24).

De igual forma, WILLIE JOLLEY en su obra *El Reto*, nos dice que la adversidad es la preparación para renacer...toda caída nos prepara para una victoria aún mayor (página 9).

En ese sentido las políticas estatales diseñadas no educan al ciudadano en el fortalecimiento de la familia y esto impide el desarrollo y evolución del ciudadano como ser humano.

Por otro lado, el feminismo extremo ha permitido que se vuelvan a repetir los mismos patrones en cuanto a la posición masculina que tanto se critica. Es por tal razón que debemos buscar un equilibrio entre ambas posiciones.

En este aspecto, la mediación familiar resurge para regular de forma adecuada situaciones adversas, con el único objetivo de sacar provecho de las manifestaciones afectivas para que induzcan a una calidad de vida en familia y contribuyan a crear una conducta emocional madura.

El autor KATUSUMI TOKUHISA señala que la mente no posee una forma definida, basta que la persona piense en querer cambiar para cambiar.

La Mediación Familiar es esa herramienta que nos permite ver el conflicto de una manera diferente con la intervención de un tercero – mediador. A través de este proceso se contribuye al fortalecimiento de la familia. Es una herramienta que permite ayudar a las personas a nivel preventivo o curativo y aminora el flagelo de la desintegración familiar que tanto afecta a la humanidad.

La mediación se convierte en un medio que permite educar a la población a través del diálogo, la comunicación asertiva y efectiva y la coherencia - entre lo que se dice y se practica. Es un proceso equitativo que conduce al auto análisis y a la auto reflexión. Permite un cambio de conciencia e implementa el compromiso personal.

Con base en lo que señalo, deposito mi confianza en este procedimiento, y lo veo como una verdadera educación de los pueblos cuyo resultados se pueden medir tomando en consideración los resultados de programas existentes como los de padres separados, orientación y conciliación familiar y en el proyecto de facilitadores judiciales.

Con el fin de lograr la institucionalización y sostenibilidad de los métodos alternos de solución de conflictos debemos crear medios para empoderar a los ciudadanos de una instrucción basada en el desarrollo de destrezas y habilidades para el diálogo y comunicación que produzcan cambios profundos.

Un factor importante en la búsqueda de resultados positivos es la libre decisión, en donde no prevalezcan lo suscrito en las leyes y convenios, sino que los participantes sean capaces de establecer un equilibrio y estipular sus diferencias a través de la comunicación asertiva que nace con el diálogo, y que les permita de forma práctica, favorecer los intereses de cada cual; es un compromiso personal para lograr objetivos.

La mediación permite una apropiación compartida, donde se mitigan los desequilibrios de las partes contrincantes.

Al respecto, Elissar Sarrouh, Directora del Programa en Asia de IDEA Internacional, en su obra Diálogo Democrático, señala que el diálogo es un intercambio y encarna la noción de democracia en la que todos forman parte y se comprometen equitativamente: un camino de ida y vuelta...no simplemente alguien que dicta y otro que escucha (página 29).

Posición similar manifiesta Roel Von Meijerfeldt, en la misma obra antes citada, cuando sugiere que los procesos de diálogos exitosos implican “básicamente empoderar a la gente para trabajar y delinear su futuro”.

El mismo Meijerfeldt como reflexión sobre la reciente experiencia del Instituto Holandés para la Democracia Multidisciplinaria en Ghana, señaló que “A través de este diálogo, básicamente se asegura el sentido de apropiación del proceso; y la apropiación implica comprometerse con la reforma. Sin este sentido de apropiación, la reforma queda relegada en un ejercicio superficial. Sin embargo, cuando se garantiza dicho sentido de apropiación, la gente se compromete con los problemas. De esa manera, los resultados son extraordinarios en comparación con otras experiencias”.

Un grupo de practicantes en los talleres sobre el Diálogo Democrático, manifestaron que para crear sentido de apropiación el proceso de diálogo deberá dar lugar a lo que llamamos conversaciones sobre lo realmente importante: la realidad.

Estos expertos en el diálogo, y la comunicación, nos señalan una serie de elementos que son indispensables para resolver un conflicto de forma pacífica: apropiarse, comprometerse, intercambiar ideas, hablar sobre hechos reales. De esta manera damos lugar a los posibles cambios o reformas requeridas, que es lo que se busca a través de la mediación con ayuda de un tercero.

He allí la diferencia entre un proceso adversarial y la mediación. En el primero los representantes legales poseen sus propios intereses económicos y egocéntricos; utilizan todos los recursos procesales en detrimento de las partes y se pretende solo una participación impersonal de los afectados en muchos procesos.

Según el tratadista Juan Pablo Cristacho Moyano lo que se busca por medio de la mediación es “componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”.

Lenard, Mariow, en su obra *Mediación Familiar*, conceptúa la mediación familiar como un procedimiento imperfecto que emplea una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos imperfectos a concluir un acuerdo imperfecto en un mundo imperfecto. (pág. 31).

Estamos de acuerdo con dicha definición. No somos perfectos. Las reglas establecidas con patrones rígidos entre lo que es bueno y malo nos ha llevado a perder la autenticidad, por lo que es relevante educar a los seres humanos e identificar las formas de pensamientos, emociones y cómo estos se proyectan hacia un todo con una estructura mental dispuesta a esa apertura.

Actualmente las parejas que se unen en matrimonio se proponen objetivos que al no lograrlos optan por el divorcio. Decisión, muchas veces basada en opiniones y juicios exteriorizados por terceros.

El valor de la mediación profundiza en actuaciones como las copiadas en párrafo anterior, pues permite verificar nuestra responsabilidad dentro del matrimonio. Esto da inicio al proceso de educación dentro de una relación.

La obligatoriedad de la mediación en los procesos de familia se debe convertir en un acto obligatorio y en este sentido el artículo 40 de la ley 640 del 2001, dispone para los colombianos la obligatoriedad de la conciliación en forma previa, y lo establece como requisito de procedimiento en asuntos de familia:

“Artículo 40.

Sin perjuicio a lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

1. Controversia sobre custodia y régimen de visitas sobre menores incapaces;
2. Asuntos relacionados con obligaciones alimenticias.
3. Declaración de la unión marital de hecho, con disolución y liquidación de la sociedad patrimonial.
4. Rescisión de la participación en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.
6. Controversias entre cónyuge sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.
7. Separación de bienes y de cuerpo.

En Panamá, con la entrada en vigencia del Código de la Familia, se instituyó la obligatoriedad de presentarse ante el Orientador y Conciliador; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 23 de noviembre de 1995, declaró inconstitucional las palabras “Divorcio” y “Previa”, contenidas en el artículo 775 del Código de la Familia.

De igual forma se declaró inconstitucional la frase “no podrá promoverse acción judicial en dichas cuestiones, sin que se presente certificado de la mediación del Orientador y Conciliador”. Además, la totalidad del segundo párrafo que dice:

“En caso de renuncia de una de las partes de asistir ante el Orientador de Familia, deberá certificarse esta situación para que la parte interesada pueda promover la acción judicial respectiva”.

Nuestra insistencia en exteriorizar que los métodos alternos de solución de conflictos, es una manera de formar, instruir, y educar a los ciudadanos; son procesos que permiten la inmediatez del mediador quien copia y regula el lenguaje corporal y verbal; conoce los hechos del verdadero conflicto. Esta valiosa información nos acerca a esas diferencias para lograr acuerdos valiosos para la sociedad.

Nos referiremos a otros elementos de enfoque que dan validez e importancia a la mediación:

- Es una herramienta que permite la humanización.

No hay nada más positivo para el desarrollo del ser humano que crear la conciencia, a través de la reflexión en cuanto a la forma de proceder.

Ese esfuerzo de colocarse en los zapatos del otro (empatizar) permite esforzarse y comprender la posición de la otra persona.

Es una guía que el mediador utiliza con sus habilidades para llevar a las partes a expresar con sinceridad y de forma adecuada, sentimientos y emociones que le inducen a aceptar sus desaciertos.

Sinceridad. Es una facultada humana que no se descubre con facilidad en un proceso adversarial, ya que las partes en muchas ocasiones, no tienen participación en el conflicto, impidiendo al Juez esa intermediación en el caso atendido.

Ese quebrantamiento de la conciencia humana a través de la mediación produce aprendizaje y formación humana, que queda plasmada en lo más íntimo del ser; y es allí donde se garantiza “un verdadero aprendizaje”, y no con la adquisición de conocimientos procesados pero no introspectivos.

- Durabilidad y eficacia del compromiso.

-

En los procesos sometidos a mediación las decisiones son más eficaces, duraderas; salvo, que haya nuevas circunstancias que requieran actualizar el acuerdo.

En nuestra realidad, en los procesos de familia, los desacuerdos son sometidos a diversos recursos procesales sin que haya necesidad del mismo:

- Divorcios hasta casación
- Guarda, crianza y reglamentación de visitas acuden 5 o 6 veces al año (desacato), lo que profundiza aún más la crisis.

- El enfoque o procedimiento de la Mediación y Procesos Contenciosos.

En los procesos contenciosos, el enfoque es ganar el juicio mediante un procedimiento largo, costoso y a través de la decisión de un tercero (Juez). En cambio en la mediación familiar, el enfoque es llegar a un acuerdo en marcado en un procedimiento corto, económico cuya decisión recae en las partes.

- Cambios en los valores éticos, morales, actitud a la que podemos aspirar lograr entre las partes en litigio.

Tras observar las reacciones de las partes tras una sesión de mediación, me llena de satisfacción saber que hay personas dispuestas a cambiar; a pesar de que ya no compartan los lazos familiares.

Esto contribuye a romper paradigmas, reforzando principios morales, éticos que contribuyen a fomentar una cultura social.

- Confidencialidad.

Esto es esencial para fomentar cambios en el ser humano. En ambos procesos se establece el principio de confidencialidad en los procesos de familia; sin

embargo, en un proceso conflictivo y adversarial, es muy difícil resguardar este principio, ya que el expediente sigue un proceso que impide lograr este principio en su totalidad.

En la mediación el manejo de la confidencialidad es garante de estos elementos.

- Se devolvería la credibilidad en la justicia.

La mediación devuelve confianza y credibilidad en el sistema de justicia. Este elemento ha sufrido la irresponsabilidad y abuso por parte de representantes legales que violan principios éticos y de conducta que no favorecen en nada a los que usuarios del sistema y que recargan la estructura de la organización judicial.

Sin embargo, la mediación devuelve la credibilidad, asegurando la seguridad a las partes.

- La Mediación permite el cierre emocional de las partes.

La mediación da paso al cierre emocional de las partes y la apertura a un nuevo ciclo de oportunidades y convivencia pacífica.

Sin embargo, en el proceso contencioso las partes no tienen la oportunidad de descargar sus sentimientos adversos. Esto aumenta el grado de sentimientos encontrados.

- En ambas se deben ajustar a normas legales.

Lo que varía es el procedimiento y la aplicación de esas normas legales. En la mediación se da libertad para llegar a ese acuerdo y en el proceso adversarial se impone el derecho y la ley.

- Fomenta la educación del ciudadano.

La mediación es un instrumento que a pesar de su imperfección, genera un cambio de conciencia, una nueva oportunidad.

En este sentido señala Juan Pablo II (e.p.d.) que “la libertad conduce a la persona humana al verdadero bien”.

El sistema de orientadores y conciliadores, mediadores y los facilitadores judiciales en Panamá

Pese a que la línea que divide la conciliación y mediación en Panamá es mínima, tenemos que ajustarnos a lo establecido por las normas legales.

En 1995 entra a regir el Código de la Familia y el Menor, y en los artículos que van desde el 772 hasta el 775, en su Capítulo III, se estableció la figura de los Orientadores y Conciliadores:

“Artículo 773. El Orientador y Conciliador de Familia debe actuar personalmente en todos los casos, aconsejando, y en cuanto fuese posible, conciliar las cuestiones planteadas, en beneficio de la integridad de la familia, teniendo prevalencia el interés superior del menor. Con esta finalidad fijará las entrevistas que estime necesarias, para lo cual podrá recabar informes y solicitar la colaboración del equipo interdisciplinario del Juzgado”.

“Artículo 774. De la entrevista con el Orientador y Conciliador de Familia se elaborará un informe, en el que consten los puntos del acuerdo, si lo hubiere. El Orientador y Conciliador de Familia a solicitud de los interesados, expedirá constancia del acuerdo, el cual será de voluntario cumplimiento. En todos los casos, y a solicitud del interesado, el Orientador y Conciliador de Familia expedirá certificado donde conste únicamente que el caso se ha ventilado ante el mismo”.

“Artículo 775. En los casos sobre divorcio, investigación de paternidad, guarda y crianza y régimen de comunicación y de visita, es obligatoria la intervención previa del Orientador y Conciliador de Familia. No podrá promoverse acción judicial en dichas cuestiones, sin que se presente la certificación de la mediación del Orientador y Conciliador de Familia.

En caso de renuencia de una de las partes de asistir ante el Orientador y Conciliador de Familia, deberá certificarse esta situación para que la parte interesada pueda promover la acción judicial respectiva”.

Cabe indicar que la legislación familiar, en el Capítulo III referente a los procedimientos en asuntos de familia, en su sección primera, en el artículo 782 dispone que:

“La audiencia se celebrará el día y hora previamente fijados, con cualquiera de las partes que concurra. Al darle inicio, el juzgador procurará conciliar a las partes y, de no lograrlo, se les recibirán las pruebas aducidas y las contrapruebas respectivas, además de las que el Tribunal estime necesarias” (lo subrayado es nuestro).

La mediación

El Órgano Judicial de Panamá, por medio del Decreto Ley 5 de 2 de julio de 1999, institucionalizó la mediación.

Por medio de esa ley se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y la mediación.

Así tenemos que el artículo 54 del Decreto Ley 5, instituye que la mediación puede ser pública, privada, institucional o independiente. De igual forma, regula en el artículo 55, las materias susceptibles del trámite de mediación, incluyendo las sujetas a transacción, desistimiento, negociación y demás que sean semejantes.

El Órgano Judicial, aprueba mediante Acuerdo No. 433, del 13 de diciembre del 2001, a través de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Reglamento del Centro de Mediación, estableciéndose los procedimientos que han de ejecutarse las funciones, responsabilidades en el desempeño de la gestión de mediadores, establece las fases del desarrollo del proceso de mediación. La calidad de los servicios de mediación y el seguimiento.

EL Decreto Ley 5 de julio de 1999, en el artículo 57 permite la mediación extrajudicial y judicial. En la extrajudicial las partes acuden al Centro de Mediación; y de llegar a un acuerdo, el mismo presta mérito ejecutivo. En la judicial, en el mismo artículo antes señalado, permite que la mediación pueda darse en cualquier momento o etapa del proceso.

La fase de derivación judicial al Centro de Mediación, procede de forma voluntaria una vez las partes y abogados lo soliciten.

Para que proceda dicha derivación deben cumplirse cinco fases en el procedimiento, veamos:

Fase 1°.

Los jueces propondrían a las partes y a sus abogados la mediación judicial. Debe realizarse en base al artículo 493 del Código Judicial, que contempla una audiencia de concentración.

Fase 2°.

Si las partes aceptan la mediación, el juzgado llamará a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos para acordar la fecha y hora de la sesión de mediación y le remitirá el formulario de derivación.

Fase 3°.

Los Centros Alternos de Resolución de Conflictos llamarán a las partes un día antes para confirmar la sesión de mediación.

Fase 4°.

Se realiza la sesión de mediación el día y hora señalada con las partes y sus abogados.

Fase 5°.

Terminada la sesión de mediación, el Centro de Resolución de Conflictos devolverá el acuerdo de mediación al juzgado para que el Juez lo homologue o el formulario de terminación de la sesión de mediación.

De no llegarse a un acuerdo, el proceso continúa ante el juzgado al cual había sido repartido.

En los procesos de familia; cuando son divorcios por mutuo consentimiento y separación de hecho; el Código de la Familia, establece en el artículo 218; que de existir hijos menores debe haberse resuelto la guarda, Régimen de Comunicación y Visitas y alimentos para poder decretar el divorcio y lograr su homologación.

Igualmente la Ley 42 del 7 de agosto del 2012, que regula “Las Pensiones Alimenticias”, en su artículo 55 garantiza la aplicación por parte del Juzgador de la Conciliación, así:

“Al dar inicio a la audiencia, la autoridad competente procederá a conciliar a las partes. De lograrse la conciliación total o parcial con relación a la pretensión, se levantará un acta que firmarán los que intervienen en la audiencia. En este caso, si el beneficiario es menor de edad o persona con discapacidad, el juez cuidará que no se menoscabe el interés superior del niño, niña y adolescente.

De no lograrse la conciliación, el juez escuchará e interrogará libremente a las partes, en el acto recibirá las pruebas y practicará las pertinentes, las cuales apreciará según las reglas de la sana crítica”.

El artículo 50 de la ley en comento, establece la solución alterna de conflictos, veamos:

Artículo 50.” Solución alterna de conflictos. La pensión alimenticia podrá ser sometida a la mediación como método alterno para la solución de conflictos.

Mediación extrajudicial: las partes podrán acudir a la mediación extrajudicial a través de los centros de métodos alternos de resolución de conflictos públicos o privados reconocidos.

El efecto del acuerdo de mediación celebrado entre los participantes será de obligatorio cumplimiento a partir de la firma de los interesados y del mediador, siempre que no vulnere el interés superior del alimentista, normas de orden público y convenciones internacionales. En caso de incumplimiento, se podrá solicitar su ejecución ante la autoridad competente.

Para la ejecución del acuerdo de mediación, este se presentará ante el juez de ejecución con las pruebas que acrediten su incumplimiento, quien decidirá si admite o no la solicitud presentada.

En caso de admitirse, el juez procederá con el trámite respectivo, entre los que se encuentran el descuento directo y las medidas previstas en los casos de incumplimiento en esta

Ley. Si se considera pertinente o a solicitud de las partes, se procederá previamente a celebrar la audiencia para aclarar cualquier punto dudoso antes de proceder a la ejecución que corresponda.

Mediación judicial: cuando el proceso se encuentre entablado en los tribunales, las partes podrán proponer la mediación judicial para someter sus diferencias a los Centros de Métodos

Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial.

El juez, si lo considera pertinente, mediante diligencia judicial, propondrá a las partes la mediación judicial. Esta propuesta no es causal de impedimento ni recusación.

También podrán someterse a la mediación las peticiones de rebaja y aumento de las pensiones alimenticias, si las partes voluntariamente así lo solicitan o el juez lo considera pertinente.

Igualmente, en estas peticiones, deberá informarse a las partes la posibilidad de resolver voluntariamente a través de la mediación y en caso de aceptarse se realizará el trámite de la derivación establecida en este artículo. En caso de que las partes acepten la mediación, el tribunal lo derivará, mediante el formulario correspondiente, al Centro de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, previa coordinación con este.

Finalizada la sesión de mediación, el Centro remitirá al juez el resultado y de llegarse a un acuerdo será homologado por el juez, siempre que no vulnere el interés superior del alimentista, normas de orden público y convenciones internacionales. De no llegarse a un acuerdo, se dejará constancia de esta situación mediante formulario de terminación de la mediación, que será remitido por el Centro al juzgado que se lo derivó; en consecuencia, se continuará el proceso ante el tribunal respectivo.

Si el mediador observa durante la sesión que existe un caso de violencia, dará por terminada la mediación y remitirá a las partes a las autoridades competentes.

En nuestro país contamos con once (11) Centros de mediación del Órgano Judicial y próximamente estaremos inaugurando dos centros más, los cuales han marcado levadas estadísticas en los acuerdos logrados, produciéndose la desjudicialización de los procesos.

Facilitadores judiciales

Antecedentes

La Organización de Estados Americanos (O.E.A.) y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, firmaron el 21 de noviembre del 2008 el Acuerdo N°723, por el cual se creó el “Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios” como una respuesta a la preocupación del Órgano Judicial en cuanto a lograr vencer, mitigar o superar barreras administrativas y legales que han obstaculizado el efectivo acceso a la justicia por parte de los usuarios y usuarias en condición de vulnerabilidad.

Entre los objetivos está contribuir a la gobernabilidad democrática, mejorando los niveles de acercamiento a la justicia expedita, así como la reducción de complejidad y la pobreza a través de un mecanismo de participación para ejercer la ciudadanía sustantiva en materia de acceso a la misma.

Panamá es un país con un poco más de tres millones de habitantes, nueve provincias, 75 distritos, cinco comarcas indígenas y 620 corregimientos. A la fecha contamos con 845 líderes comunitarios, capacitados, ejerciendo las funciones de facilitadores comunitarios, los cuales han contribuido de forma positiva al manejo del conflicto.

¿Quiénes son los Facilitadores Comunitarios?

- Líderes comunitarios
- Personas honestas e imparciales
- Con disposición de servicio y a ejercer voluntariamente
- Viven en su comunidad
- Mayores de edad que saben leer y escribir
- No ejercen cargos políticos o religiosos de manera activa, no son militares o policías de servicio, al menos durante el último año.

Las funciones principales son:

- Servir de enlace entre la ciudadanía y el Órgano Judicial.
- Garantizar un genuino y eficiente acceso a la justicia.
- Promover una cultura de paz y fortalecer mecanismos de prevención y solución alterna de conflictos, como vía para mantener la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad.

¿Qué hacen los facilitadores comunitarios?

- Auxiliar a los jueces en trámites que les encargan entregar citaciones, hacer peritajes, efectuar mediaciones previas, etc.
- Difundir leyes y normas cívicas entre la población de manera directa y accesible.
- Asesoran a la población en una amplia gama de trámite y procedimientos.
- Acompañan a efectuar diversos trámites a la población que lo solicita.
- Auxilian a la población, fiscales, defensores y otros operadores de justicia.
- Coordinan acciones con los gobiernos municipales.

¿Cómo operan los Facilitadores Comunitarios?

4. Electos por su comunidad o barrio.
5. Nombrados por el juez local o jueces de paz.
6. Capacitados y supervisados por el Juez local o Juez de paz y otros operadores de justicia.
7. Su competencia se limita a la comunidad o barrio donde tenga asentado su domicilio.
8. Atiende en su casa en horas no laborales
9. Se subordina al Juez local o Juez de paz.

Conclusiones

- ci. La Mediación Familiar contribuye a educar a los usuarios del sistema de forma reflexiva, auténtica; reforzándolos emocionalmente.
- cii. Contribuye a evitar que factores exógenos interfieran de forma negativa en la unidad familiar
- ciii. Se fomenta una educación donde se canaliza y reconoce a través del mediador, el derecho de autorrealización constructiva del ser humano.
- civ. La Mediación fortalece la institución familiar y, al resolver sus conflictos, produce el cierre emocional y la apertura de un nuevo futuro.
- cv. Contribuye a cambios de conciencia.

Bibliografía.

Haynes M. John- Haynes L. Gretchen, la Mediación en el Divorcio, Ediciones Granica, S.A., 1997.
Canales Flaut, Miguel Ángel, manejo y Resolución de Conflictos, Tercera Edición, Noviembre, año 2002.
Fisher Roger, Shapiro Daniel, Edición Norma, S. A. Bogota- Colombia. Año 2007.
Marlon, Lenard- Mediación Familiar, Ediciones Granica. Buenos Aires, Barcelona, México, Santiago, Montevideo. Año 1999.

Jolley, Willie, El Reto, Editorial Taller del Éxit. Año 2005

Sheff, Leonardo, Edmiston Susan. Una vaca se Estacionó en mi Lugar, Grigalbo, México. Año 2012

Riquelme, Nelson, Educación con Ternura, Impreso en panamá, febrero de 1998.

Bettye Pruit y Philip Tomas, Dialogo Democrático, impreso en Guatemala por Serigrafía, S,A. año 2008.

Ser Pareja, Cristo para Todos, Caracas, Venezuela.

10.Ceballos Sánchez, Luis Antonio, Cuartos Vanegas Martha Lucía, Flores Morales, Marta. La Conciliación, 2ª. Ed. 2007, Librería Editorial, Barrios & Barrios

Manual Operativo de los Centros Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial de Panamá, año 2011.

Leyes:

Código de la Familia, Panamá, Edición Autorizada septiembre, 2001.

Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, "Por la cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y la Mediación".

Ley N°42, de 7 de agosto 2012, "General de Pensiones Alimenticia".

Los MASC como activo de la paz y su valor intangible

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez³⁵⁸
MMASC. María Elizabeth Rodríguez Rodríguez³⁵⁹
Dra. Reyna Lizeth Vázquez Gutiérrez³⁶⁰

Sumario: 1. Introducción; 2. Construir la Paz; 3. Que es la Paz; 3.1.- *La primera fase: (fundacional) Paz negativa*; 3.2. *La segunda fase: (expansión y especialización) Paz positiva*; 3.3. *La tercera fase: (hibridación o amalgama) Paz neutra*; 3.4. La cuarta fase: La paz como intangible de los MASC; 4. Conclusión, 5. Referencias.

Introducción

La paz no puede entenderse como un irenismo o como una mera ausencia de violencia lograda por la imposición de un sector sobre los otros. También sería una falsa paz aquella que sirva como excusa para justificar una organización social que silencie o tranquilice a los más pobres, de manera que aquellos que gozan de los mayores beneficios puedan sostener su estilo de vida sin sobresaltos mientras los demás sobreviven como pueden. Las reivindicaciones sociales, que tienen que ver con la distribución del ingreso, la inclusión social de los pobres y los derechos humanos, no pueden ser sofocadas con el pretexto de construir un consenso de escritorio o una efímera paz para una minoría feliz. La dignidad de la persona humana y el bien común está por encima de la tranquilidad de algunos que no quieren renunciar a sus privilegios. (Francisco, 2013). Cuando estos valores se ven afectados, es necesario resolver los conflictos via los métodos alternos de solución de conflictos.

La paz tampoco se reduce a una ausencia de guerra, fruto del equilibrio siempre precario de las fuerzas. La paz se construye día a día, en la instauración de un orden a través de esquemas de concertación. En definitiva una paz que no surja como fruto

358 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Coordinador Académico del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Controversias de la UANL; Investigador nacional nivel II del CONACyT; Presidente de la ASID en MASC; Coordinador de la línea de Investigación de métodos alternos de solución de conflictos en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. fgorjon@hotmail.com / francisco.gorjon@uanl.mx

359 Doctoranda del Programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL; Master en Métodos Alternos de Solución de Conflictos; Profesora de Tiempo Completo de la FACDyC de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Colaboradora del CA Consolidado de Derecho Comprado; Miembro de la línea de investigación de métodos alternos de solución de conflictos del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de la UANL. eli.rodriguez60@gmail.com

360 Doctora en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia; Maestría en métodos alternos de solución de conflictos por la UANL, Profesora de tiempo completo de la UANL, Miembro del CA de MASC, Miembro nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores y miembro del comité directivo de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos. reynavqz@hotmail.com

del desarrollo integral de todos, tampoco tendrá fruto y siempre será semilla de nuevos conflictos y de variadas formas de violencia. En cada nación, los habitantes desarrollan la dimensión social de sus vidas configurándose como ciudadanos responsables en el seno de un pueblo, no como masa arrastrada por las fuerzas dominantes. Recordemos que el ser ciudadano es un derecho y la participación en la vida política es una obligación. Pero convertirse en pueblo es todavía más, y requiere un proceso constante en el cual cada nueva generación se ve involucrada de ahí la necesidad de la construcción de una cultura que involucre a los MASC como un valor intangible que superlativiza la vida en común y pacífica. Es un trabajo lento y arduo que exige querer integrarse y aprender a hacerlo hasta desarrollar una cultura del encuentro en una pluriforme armonía. (Francisco, 2013)

Para avanzar en esta construcción de un pueblo en paz, justicia y fraternidad, hay cuatro principios relacionados con tensiones bipolares propias de toda realidad social, que más adelante. Cuatro principios que orientan específicamente el desarrollo de la convivencia social y la construcción de un pueblo donde las diferencias se armonicen en un proyecto común. Su aplicación puede ser un genuino camino hacia la paz dentro de cada nación.

Construir la paz

A lo largo de los años hemos percibido que la paz es un tema vital para la vida de cada uno de los que conformamos este mundo. Es la realidad en la que vivimos: nuestra sociedad es dura, agresiva y violenta. La crisis, el pánico a asumir la responsabilidad individual, el abandono colectivo, todo ello, nos obliga a reflexionar sobre esta nueva realidad y a buscar alternativas que compensen la pérdida de antiguas referencias en mucha gente, la ausencia de referencias morales, tradicionales y valores, y el derrumbamiento de pautas culturales capaces de frenar los actos violentos destructivos, etc. (Jiménez Bautista, 2009)

En este contexto comenta Jiménez Bautista, parece esfumarse en algunas referencias ideológicas de peso, la humildad, la solidaridad, la cooperación, etc. Es necesario volver atrás y cambiar las perspectivas, las percepciones y los compromisos para lo cual es oportuno construir unos escenarios nuevos de paz. A media que hemos avanzado en este camino de investigación para la paz, nos damos cuenta de los esfuerzos, desde diferentes horizontes para reconstruir la violencia presente en las diversas dimensiones de las sociedades humanas y poder construir un concepto de paz en una categoría independiente, compleja y multidimensional, como un valor intangible que potencia su ejecución. Veremos las distintas fases de la investigación para la paz desde su nacimiento hasta la actualidad. (Jiménez Bautista, 2009)

La primera, la fase fundacional donde se construye el patrimonio científico, que se ajusta a la paz negativa; **la segunda**, es una fase de expansión y especialización donde se produce un enriquecimiento inicial mediante la contribución de numerosos científicos sociales, corresponde a la paz positiva; **la tercera**, corresponde a la fase de

hibridación o amalgama, la paz neutra, donde se produce un entrecruzamiento de distintas disciplinas y aplicación de la ONU, ONG's, etc., y personalidades que construyen cada día la paz. (Jiménez Bautista, 2009) y como una **cuarta** fase el visualizar a la paz como un intangible de los MASC que nos permite transmitir a la sociedad su verdadero valor y traducir la aplicabilidad de los MASC a una realidad constante (Gorjon, 2013).

En todos los estudios realizados de investigación para la paz, se han tomado en consideración las aportaciones de otras culturas, pues se empezó a dejar de creer: en el monomorfismo de la cultura, pues finalmente se ha comprendido que todos necesitamos de todos, y todos somos interdependientes en todos los ámbitos, por lo tanto se cuida que la Investigación para la paz, no caiga en el etnocentrismo, pues en esta etapa, es claro, la única manera de que la humanidad avance hacia la paz, hay que dejar de circunscribir los problemas a los límites de los antiguos estados-nación, pues ahora son globales, un ejemplo de ellos serían los problemas medioambientales, del armamentismo, etc. (Jiménez Bautista, 2009), pero sobre todo hay que entender esta ruta como la participación específica de la sociedad en lo individual y en lo grupal.

¿Qué es la paz?

En los esfuerzos realizados de los estudios sobre la paz en las ciencias sociales y humanas, que han transcurrido por diversas fases de desarrollo, como se señala anteriormente: *fundacional; expansión-especialización; hibridación-amalgama, y recientemente como un intangible de los MASC* (Gorjon, 2013) son configurados con un patrimonio específico, gracias al aporte de numerosos científicos que contribuyeron a forjar el cuerpo central de dichos estudios. Abordaremos un poco de historia, en relación a las diversas fases, señalando puntos fuertes de su propio desarrollo que nos ayuden a comprender de la mejor manera posible las fases de la paz.

La primera fase: (fundacional) Paz negativa

Se han dado tres maneras de abordar el concepto de paz. *Paz negativa* (ausencia de violencia directa); *paz positiva* (ausencia de violencia estructural o indirecta: ésta es propia de las estructuras sociales que soportan algún tipo de desigualdad social, económica, política o militar); y la *paz neutra* (ausencia de violencia cultural y/o simbólica).

Originalmente la Paz era concebida sólo como la ausencia de guerras, dicho concepto estaba centrado en los conflictos bélicos entre Estados (Fisas, 2001). En 1941 Quince Wright estableció que la paz era un equilibrio dinámico de factores políticos, sociales, culturales y tecnológicos, y al romperse la "armonía" en el sistema internacional venía el conflicto bélico. Johan Galtung, la dividió en dos categorías: Paz

negativa (no guerra) y Paz positiva (no violencia). El concepto de Paz evolucionó, no solo incluyó las guerras de los países sino también la violencia en las casas, esta idea contempla a la guerra como una forma masculina de afrontar los conflictos, por lo cual dicha corriente recibió el nombre de "Paz femenina". (Betty, 1982)

Galtung establece la idea de la transformación de los conflictos, como medio para lograr la paz en su teoría de las tres Rs, compuesta de tres elementos: reconstrucción (tras la violencia), reconciliación (de las partes) y resolución. Relaciona las actitudes, conducta y contradicción, con tres manifestaciones de violencia: directa, cultural, estructural, vinculando la reconciliación con las actitudes de violencia y el conflicto a superar la violencia cultural, reconstrucción de las conductas y recuperación después de la violencia directa y la resolución con las contradicciones e incompatibilidades con la necesidad de superar la violencia estructural.

Por su parte John Paul Lederach, pone especial importancia en la reconciliación para poder lograr la construcción de la PAZ. Según dicho autor "la reconciliación representa un lugar, el punto de encuentro donde se puede aunar los intereses del pasado y del futuro". Es por ello necesario que las partes en conflicto encuentren formas para encontrarse consigo mismas y con sus enemigos, con sus esperanzas y miedos. La reconciliación es un proceso implícito en la transformación de los conflictos, ayuda a los involucrados a superar sus traumas y problemas. (Gorjón & Sáenz, 2009)

En los 90 surge el planteamiento de la Paz holística-Gaia, dándole un alto valor a la relación entre los seres humanos y el medio ambiente. Para mediados de ésta década surge la teoría de la Paz holística interna y externa, que incluye también aspectos espirituales. (Gorjón & Sáenz, 2009). Johan Galtung reconoce dos tendencias en esta concepción de paz negativa: a) *La Paz como una unidad interior frente a una amenaza exterior*. Es el ejemplo de las luchas de Occidente que se han dado durante siglos; b) *El universalismo que nace y tiene su centro en Occidente*. Se presenta desde el Imperio Romano, como una paz netamente eurocéntrica, que se adjunta al concepto de derecho de Estado, que aspira al universalismo con un centro sociopolítico y cultural en Occidente.

Algunos antropólogos como Marvin Harris, señalan que con la agricultura la guerra se hace más frecuente. Podemos hablar que la guerra dispersaba a las poblaciones por lo que se creaban tierras de nadie. La guerra tenía como objetivo indirecto el control de la población, era útil para obtener mayores tierras y recursos. O como mencionaba Pierre Clastres: la guerra heredaría de la caza técnica de obtención de alimentos - su carga de agresividad; o como diría Leroi Gourhan la guerra es dar caza al hombre.

Los conceptos de paz y guerra están intrínsecamente ligados. Podemos mencionar que en algunas sociedades no se ha dado el concepto de paz, porque se estaba de manera constante en guerra o preparándose para ella. La paz es una definición que proviene de la cultura grecolatina, en la que la paz (eirene) es un estado de ausencia de guerra o de intercambio entre dos conflictos. La paz para los griegos es racional y surge del intercambio entre ciudadanos. Eirene es sinónimo de Homonoia "armonía",

término que se refiere a un estado de tranquilidad aplicada solo a los griegos y en el interior de éstos: pueblos, ciudad-estado. (Jiménez Bautista, 2009)

Sin embargo para Roma, esta ausencia de guerra estaba garantizado por un poderoso aparato militar vinculado a pactum. La pax romana constituía todo un sistema de orden, control y relación legal, era ausencia de violencia, pero no garantizaba justicia y prosperidad. Al paso de los años durante los años cuarenta y cincuenta del siglo XX, se crean los primeros centros y se editan las publicaciones iniciales sobre Investigaciones para la paz. En Francia, el Instituto francés de Polemología, se funda en 1954. Bert Rolinjc fue la figura central de la polemología (la investigación sobre la guerra), sus estudios contribuyen una herramienta esencial para el desarrollo del derecho internacional. En Estados Unidos, Theodore Lentz establece el centro de investigación para la paz que más años lleva operando en el mundo, alentando la movilización de científicos sociales para una Ciencia de la paz, como el la llamó que trajera una revolución científica que implicara cambios tanto en los hechos, en los valores y en las conductas. En 1948, finalizada la II Guerra Mundial, se introduce por vez primera un programa de Estudios de la Paz en el Manchester College de Indiana. En 1950, se publican el Research Exchange on the Prevention of War, y después en la Universidad de Michigan USA, bajo la influencia de Kenneth Boulding, Herbert Kelman y Anatol Rapoport.

En el año 1954 se constituye un momento significativo ya que fue la creación, por un grupo interdisciplinar, del Center for Avanced Studies in the Behavioral Sciencional en la Universidad de Stanford. Entre los más destacados centros tenemos el Center for Peace Research in Conflict Resolution, en 1959, Michigan, USA, asociado al Jounral of Conflict Resolution desde 1956. Por último en los Estados Unidos entre 1934 y 1945, surgen las primeras organizaciones humanitarias privadas que más tarde se llamaran Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), para distinguirlas de los organismos gubernamentales y de los intergubernamentales de la ONU. En 1942, se crea en Europa, el Oxford Famine Relief Committe (OXFAM) para socorrer a la población griega de la hambruna de la guerra. (Jiménez Bautista, 2009).

Concluimos que esta fase fundacional, está dotada de propuestas y reflexiones sobre la paz que se apoyan en puntos básicos. Como comenta Turner, es posible entender esta fase fundacional como el caudal de conceptos básicos y un cuerpo de conocimientos acumulados en los dominios de este ámbito analítico que era suficientemente comunes para que un estudioso de este campo pudiera aportar contribuciones significativas y hablar con autoridad de la disciplina en general.

La segunda fase: (expansión y especialización) paz positiva

A lo largo de toda la historia de la humanidad y a principios del siglo XX, la paz es entendida a partir de lo que no lo es, es decir, paz negativa heredada de los romanos, como ausencia de guerra. Esto estuvo vigente hasta 1959, cuando Johan Galtung fundó el Instituto Internacional de Investigación para la Paz, en Oslo, Noruega y

plantea la definición de la paz positiva y violencia estructural. Hoy en día, la paz negativa debe incluir ausencia de malos tratos, violaciones, abusos de la infancia y matanzas callejeras. Y fue a partir de 1960 cuando el mismo Johan Galtung introduce la noción de violencia estructural mencionando que mientras existan injusticias e insatisfacciones de las necesidades humanas básicas, por parte de algunos seres humanos, no existe la paz aunque no nos agredamos directamente.

Aquí es donde viene la tarea del trabajador por la paz, que consiste en la construcción de la justicia social y el desarrollo para que todos los seres humanos puedan satisfacer sus necesidades básicas más elementales. Aplicamos los cuatro principios que orientan específicamente el desarrollo de la convivencia social y la construcción de un pueblo donde las diferencias se armonicen en un proyecto común, y su aplicación puede ser un genuino camino hacia la paz dentro de cada nación y en el mundo entero. (Francisco, 2013).

Hablamos en primer término del ***el tiempo es superior al espacio***. Hay una tensión bipolar entre la plenitud y el límite. La plenitud provoca la voluntad de poseerlo todo, y el límite es la pared que se nos pone delante. Los ciudadanos viven en tensión entre la coyuntura del momento y la luz del tiempo, del horizonte mayor, de la utopía que nos abre al futuro como causa final que atrae. De aquí que surge un primer principio para avanzar en la construcción de un pueblo: el tiempo es superior al espacio. (Francisco, 2013).

Este principio permite trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por resultados inmediatos. Ayuda a soportar con paciencia situaciones difíciles y adversas. Darle prioridad al tiempo es ocuparse de iniciar procesos más que de poseer espacios. El tiempo rige los espacios, los ilumina y los transforma en eslabones de una cadena en constante crecimiento, sin caminos de retorno.

La unidad prevalece sobre el conflicto. El Papa Francisco refiere, el conflicto no puede ser ignorado o disimulado. Ha de ser asumido. Pero si quedamos atrapados en él, perdemos perspectivas, la realidad misma queda fragmentada. Cuando nos detenemos en la coyuntura conflictiva, perdemos el sentido de la unidad profunda de la realidad. Ante el conflicto algunos solo lo miran y siguen adelante, como si nada pasara en sus vidas. Otros entran de tal manera en el conflicto que quedan prisioneros, proyectando en las instituciones las propias confusiones e insatisfacciones, que la unidad se vuelve imposible. Pero hay una manera más adecuada, de situarse ante el conflicto. Es aceptar sufrir el conflicto, resolverlo y transformarlo en el eslabón de un nuevo proceso. *Felices los que trabajan por la paz*. (Mt., 5, 9)

Se puede hacer posible desarrollando una comunión en las diferencias, que sólo pueden facilitar esas grandes personas que se animan a ir más allá de la superficie conflictiva y miran a los demás en su dignidad más profunda. Por eso hace falta postular un principio que es indispensable para construir la amistad social: la unidad es superior al conflicto. (Francisco, 2013)

La realidad es más importante que la idea. Existe también una tensión bipolar entre la idea y la realidad. La realidad simplemente es, la idea se elabora. Entre las dos se debe instaurar un diálogo constante, evitando que la idea termine separándose

se de la realidad. Es peligroso vivir en el reino de la sola palabra, de la imagen del sofismo. De ahí que haya que postular un tercer principio: la realidad es superior a la idea. La idea, las elaboraciones conceptuales están en función de la captación, la comprensión y la conducción de la realidad. La idea desconectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convoca. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento. (Francisco, 2013)

El todo es superior a la parte. Entre la globalización y la localización también se produce una tensión. Hace falta prestar atención a lo global para no caer en una mezquinidad cotidiana. Al mismo tiempo no conviene perder de vista lo local, que nos hace caminar con los pies sobre la tierra. Las cosas unidas impiden caer en alguno de estos dos extremos: uno, que los ciudadanos vivan en un universalismo abstracto y globlizante, mimétricos pasajeros del furgón de cola, admirando los fuegos artificiales del mundo, que es de otros; otro, que se convierta en un museo folklórico de ermitaños localistas, condenados a repetir siempre lo mismo, incapaces de dejarse interpelar por el diferente y de valorar la belleza que Dios derrama fuera de sus límites. Entonces no hay que obsesionarse demasiado por cuestiones limitadas y particulares. Siempre hay que ampliar la mirada para reconcer un bien mayor que nos beneficiará a todos. (Francisco, 2013)

La tercera fase: (hibridación o amalgama) paz neutra

En esta tercera fase, donde vive la paz neutra, como comentan Dogan y Pahare: se debe educar al estudiante de investigación para la paz, en el lenguaje de su disciplina como formación básica para que obtenga la pericia especializada y una vez alcanzado ese nivel de destreza, los investigadores deben ampliar su horizonte en dirección de subdisciplinas continuas, esto es, la hibridación como estrategia de investigación.

La fase de hibridación o amalga donde la paz es una de las prácticas sociales que todo el mundo reconoce, pero que pocos pueden definir satisfactoriamente. ¿Qué es la paz? ¿Qué es la Cultura de la paz? ¿Qué es el Derecho Humano a la paz? todavía hoy los científicos sociales y humanos nos se han puesto de acuerdo acerca de la naturaleza de la misma, de modo que la mayoría de las definiciones, propuestas por tal o cual no ha sido aceptadas por consenso. (Jiménez Bautista, 2009)

Trabajar por la paz nueva supone emplear como método el diálogo. De igual forma, los medios deben ser acordes y coherentes con la meta y los fines. Lo que llevará a una cultura neutral, de mestizaje e hibridaciones como los elementos que estructurarán las relaciones personales en un futuro dónde se presentan nuevas formas de violencia. Es a través de las construcciones mentales, de la deconstrucción del lenguaje como se puede ayudar a reducir la violencia (cultural, estructural y directa). (Jiménez Bautista, 2009)

Una cultura neutral que implique una cultura de paz debe nacer, en primer lugar, de una actitud de empatía, es decir de comprender la cultura del otro para adquirir

una posición tolerante hacia otras culturas y llegar a valorar así las diferencias como algo positivo y enriquecedor, sin olvidar, que la solidaridad representa el último espacio a conquistar. La construcción y los avances hacia una paz neutra demanda cambios profundos que sólo podrán realizarse por medio de la transformación social y cultural. (Jiménez Bautista, 2009).

En los debates de esta tercera fase, donde prevalece la paz neutra, existen al menos dos ideas que debemos señalar:

La primera, Cultura de paz: en un marco conceptual de investigación para la paz, la Cultura de paz es el conjunto de valores, actitudes y comportamientos que reflejan el respeto a la vida de la persona humana, a su dignidad, y a todos los derechos humanos; el rechazo de la violencia en todas sus formas y la adhesión a los principios de libertad, justicia, tolerancia y solidaridad, así como la comprensión tanto entre los pueblos, los grupos y las personas. (Jiménez Bautista, 2009)

En muchos de los casos olvidamos que toda cultura se base en el lenguaje. Y la neutralidad del lenguaje va a ser esencial como factor indispensable para los seres humanos, neutralizar los espacios de violencia cultural como un valor que perseguir. Por lo que una cultura a neutralizar que implique una Cultura de paz debe producir dentro de un proceso lógico de cambio de actitud y comportamiento entre los seres humanos. (Jiménez Bautista, 2009)

La segunda, Derecho Humano a la paz: es un derecho humano y como tal debiera ser definitivamente codificado por los órganos competentes de las Naciones Unidas. La AEDIDH (Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) en la localidad de Lluvia, Asturias, en Octubre de 2006, se trabajó con un comité de expertos en redactar un proyecto de declaración universal del derecho humano a la paz, sobre la base de las conclusiones obtenidas en las diferentes consultas regionales en el territorio español. Culminaron los trabajos de redacción y se hizo pública la Declaración de Lluvia sobre el Derecho Humano a la Paz, con todo un éxito. De manera que la AEDIDH está en condiciones de afirmar que el texto finalmente aprobado por Lluvia, representa el sentir genuino de la sociedad civil española, sus anhelos y aspiraciones a la hora de establecer las bases de una nueva sociedad inspirada en el valor universal de la paz. (Jiménez Bautista, 2009).

La cuarta fase: La paz como intangible de los MASC

Tiene un significado multidimensional y multidisciplinario, enfocado a la resolución de conflictos entre particulares, ya que si logramos que las personas resuelvan sus conflictos por sí mismos a través de los MASC, evitaremos la intervención del estado y la escalada del conflicto, entendiéndolo como un valor intangible, ya que la paz es también un anhelo, que propicia la aplicación de la negociación, de la mediación, de la conciliación y del arbitraje dándole un valor a la intervención de las partes considerando a los MASC su herramienta, consecuencia del capital intelectual de negociado-

res, de mediadores, de árbitros y de agentes de paz. Ya que sus principales rasgos distintivos son: participación, armonía, concertación social, multiculturalidad, libertad, tolerancia, solidaridad y un derecho humano.

La resolución de un conflicto y la intervención de un tercero para lograrlo requiere de capital humano representado por quienes operan los MASC; de capital estructural a través de procedimiento que día a día se dinamizan, cambian y se adaptan a las nuevas necesidades de la sociedad y a su conflictología que muta en razón de la globalización y de las asimetrías del orbe, que necesariamente requieren reducirse en el concierto planetario; y de capital relacional como vínculo de los MASC con la sociedad a través de sus receptores en quienes impactan sus beneficios, todos estos elementos en conjunto generan valor, traducido en la aplicabilidad y la adaptabilidad de estos métodos en pro de la paz, entendiendo a los MASC como un activo de la Paz (Gorjon, 2013, VI), en que toda la sociedad interviene.

Conclusiones

Finalmente destacamos la polémica de los profesores del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada, los profesores Francisco Jiménez Bautista con su concepto de paz nuestra y Francisco A. Muñoz con su concepto de paz imperfecta. A ellos añadimos el concepto de paz cultural de Johan Galtung y la paz como intangible de los MASC de Gorjon, cuatro conceptos que combinan el concepto de paz, lo enriquecen y crean un debate que nos puede ayudar a entender hacia dónde va la paz y la participación de la sociedad para lograrlo.

Entender hacia donde va la paz, es entender que transformar el conflicto significa trascender los objetivos de las partes en conflicto definiendo otros objetivos, tratando de no acostumbrarnos al discurso inmovilista. Es claro que en dicho proceso de transformación es indispensable la mediación, ya que el tercero neutral e imparcial se constituye como un verdadero trabajador de conflictos, un real trabajador de PAZ. El mediador no presiona, trabaja contra las culturas y estructuras prevalecientes, trata de construir identidad, imágenes de solidaridad, de respecto, de participación, tanto en los dichos como en los hechos, teniendo como meta trascender el conflicto, superarlo, conduciéndose por el camino de la PAZ para llegar a la PAZ. (Gorjón & Sáenz, 2009)

Y La herramienta principal es fomentar el diálogo, un diálogo por la PAZ, no con el esfuerzo de ganar, sino con el propósito de fomentar la empatía, la no violencia y la creatividad que potencie las competencias para superar el conflicto. Y los MASC significan asentar una solución en PAZ y en consenso, a pesar de los problemas previos, esto es, una verdadera transformación de una fractura a una convivencia. (Gorjón & Sáenz, 2009), en consecuencia su valor intangible de activo de la paz será su principal vía de ejecutabilidad y de construcción de una sociedad más participativa e independiente que procura su bienestar y felicidad.

Referencias

Francisco, D. S. (2013). *Evangelii*. México: Bena Prensa.

Gorjon, F. (2013). *Estado del Arte de la Mediación*. Madrid: Thomson reuters.

Gorjon, F. (2013, VI). El valor intangible de los metodos alternos de solución de conflictos. *Nuevo sistema de justicia penal SETEC*, 48.

Gorjón, F., & Sáenz, K. (2009). *Métodos Alternos de Solución de Controversias*. México: Grupo Editorial Patria Cultural.

Jiménez Bautista, F. (2009). *Saber pacífico: la paz neutra*. Ecuador: Colección Cultura de la Paz.

Mt. (5, 9). *Biblia*.

Los derechos fundamentales de las víctimas y de los imputados en la mediación penal

Ricaurte Soler Mendizábal³⁶¹

Sumario: 1. Introducción, 2. La Víctima en el Proceso Justicia Restaurativa, 3. El Imputado en el Proceso Justicia Restaurativa, 4. Ventajas de la Justicia Restaurativa, 5. Reparación del Daño, 6. La Mediación, 7. La Mediación Penal, 8. Encuentro o Reunión de Mediación Penal, 9 Conclusiones, 10 Bibliografía.

Introducción

La **Justicia Retributiva** constituye el poder del Estado de reprimir el comportamiento de la conducta, realizada por el infractor de la Ley Penal, impone como castigo una sanción penal.

El delito es visto como un conflicto social donde el Estado impone su rol sancionador para llevar a la convivencia pacífica de la sociedad. Se puede decir que la realización de un hecho delictivo es igual a una sanción de prisión.

En cambio, la **Justicia Restaurativa** busca más la reparación del daño causado a la víctima tratando de restituir con esta acción cualquier lesión que se haya cometido en infracción de la Ley Penal.

Con lo cual se transforma el conflicto penal planteado, a través de diálogo y el acuerdo de voluntades, a una situación armónica y más pacífica que anteriormente se tenía.

Este modelo restaurativo *“es que el delito es visto como un conflicto entre autor y la víctima. Este conflicto debe ser resuelto a través de un diálogo autor-víctima, sobre todo buscando dos objetivos: uno, la reparación del daño a la víctima; y dos, incorporación de la responsabilidad del autor.”*³⁶²

361 Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá, Postgrado en Docencia Superior por la Universidad del Istmo, Postgrado en Mediación por la Universidad de Panamá y Postgrado en Mediación y Negociación por la Universidad Tecnológica de Panamá. Doctorando por la Universidad Autónoma de Nuevo León-México. Es docente Universitario y actualmente es el Director Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial. Es autor de numerosos artículos y libros entre los cuales se destacan: Proceso de Juzgamiento de Faltas Laborales, El Arbitraje, La Conciliación y La Mediación. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. La Justicia Restaurativa en Panamá. Correo electrónico. ricaurtesoler@gmail.com.

362 TIFFER S. CARLOS. *“La Desjudicialización Penal Juvenil como un camino hacia la Justicia Restaurativa.”* Coord. Carlos Tiffer Sotomayor y Anne-Julie Deniel. Justicia Penal Juvenil. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento. Imprentan Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, Costa Rica. 2012. p.29.

La justicia restaurativa surge dentro del Derecho Penal Juvenil, con el objetivo de que los jóvenes tengan la opción de poder resarcir los daños causados, evitando así ir a un proceso penal. También constituye una forma de transformación de las personas y de relaciones buscando la convivencia pacífica de la sociedad; pero es en los años 70 que se toma mayor auge para solucionar los conflictos penales.

Para Paul Mc Cold y Ted Wachtel, considera³⁶³: *“Un sistema restaurativo de justicia penal apunta no sólo a reducir la cantidad de delitos, sino también a disminuir el impacto de los mismos. La capacidad de la justicia restaurativa de tratar estas necesidades emocionales y relacionales y de comprometer a los ciudadanos en el proceso es la clave para lograr y mantener una sociedad civil sana”*.

En las conclusiones llegadas en el I Congreso de Justicia Restaurativa que *“contribuye a crear una sociedad más madura, responsable y segura ya que los efectos beneficiosos de la concienciación y autoresponsabilización que genera en los infractores, repercute en todos nosotros pues tendremos menos riesgo de sufrir nuevos delitos por parte de los infractores que han participado en un proceso restaurativo. Es claro que la reducción de la reincidencia favorece a toda la comunidad en general porque no sólo tenemos un sentimiento de mayor seguridad sino que como víctimas indirectas y “potenciales” de todos los delitos podemos recuperar la tranquilidad logrando la “paz social”. Se trata de promover comprensión y armonía social a través de la “sanación” de la víctima, infractor y de alguna forma de la comunidad en generales unas de las Conclusiones.”*³⁶⁴

La justicia restaurativa constituye *“una filosofía acerca de cómo enfocar la propia justicia y derecho penal, que se centra en dar el protagonismo a los afectados de forma directa e indirecta por el delito. Parte de la premisa de que se ha causado un daño y cuáles son las acciones requeridas para remendar el daño”*.³⁶⁵

De igual forma considera Vicente Magro *“La justicia restaurativa o restituida, por tanto, es una nueva manera de considerar a la justicia penal, que pretende concentrarse en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones intersubjetivas, más que en meramente castigar a los delincuentes.”*³⁶⁶

La justicia restaurativa deja de lado la forma tradicional de resolver conflictos penales con la detención, con otra que es el resarcimiento de los daños ocasionados. Esto representa un cambio cultural de la sociedad, toda vez que la misma relaciona delito con prisión o castigo y pierde la visión o por desconocimiento, que existe otra forma de resolver los conflictos en materia penal.

363 COLD Mc, Paul y WACHETEL. *En Busca de un Paradigma: Una Teoría sobre Justicia Restaurativa. Justicia Restaurativa. Acercamientos Teóricos y Prácticos.* Comisión Nacional de Mejoramiento de la Justicia. San José, Costa Rica. 2007, p. 68.

364 I Congreso Internacional Sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Conclusiones. Celebrado el 4 y 5 marzo 2010. Burgos.España.p.5. <http://www.justiciarestaurativa.org/22-07-2013.9:25 p.m>.

365 GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y VÁSQUEZ SÁNCHEZ, Rafael. *Los Métodos Alternos de Solución de Controversias como Herramienta de Paz.* Coordinador **Arnulfo Sánchez G.** Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramienta de Paz y modernización de la Justicia. Edit. Dykinson. España. 2011, p. 36.

366 MAGRO, Vicente, HERNÁNDEZ, Carmelo, CUÉLLAR, Pablo. *Mediación Penal.* Una Visión Práctica desde Dentro y Fuera. Editorial Club Universitario. España. 2011, p. 35.

Todo elemento nuevo trae consigo resistencia, pues los cambios generan cierto grado de incertidumbre y lo vemos con la implementación del Código Procesal Penal y dentro de éste, la justicia restaurativa.

Estas consideraciones tienen su fundamento con lo expresado por Josep Tamarit Sumalla, cuando señala: *“Esta evolución se produce en un sentido favorable al paradigma restaurativo en aspectos de la justicia, pero existen resistencias “culturales” en gran parte de los profesionales relacionados con el sistema de justicia, socializados en una cultura adversarial y legalista, además de intereses corporativos. Las posibilidades de que la justicia restaurativa vaya más allá de experiencias anecdóticas dependerán del modo en que se produzcan este cambio cultural. Este cambio puede ser más decisivo que la reforma legal y la acción institucional. En todo caso no debe olvidarse que la generación de confianza respecto a la justicia restaurativa exige que se adopten garantías de calidad en la gestión de los programas, lo cual pasa, fundamentalmente, por la selección, y formación de los facilitadores.”*³⁶⁷

Puede existir una norma legal que regule los aspectos de la justicia restaurativa; pero si no existe una cultura, entendiendo esta como un cambio de actitud tanto para los jueces, fiscales, abogados públicos o privados, sociedad, entre otros, va hacer muy difícil la implementación de ésta. No obstante, la norma existirá pero la misma no va hacer aplicable, por lo que debemos decir que existirá una norma que estará en el Código, pero no tendrá vigencia.

La víctima en el proceso justicia restaurativa

La víctima son las personas que sufren directamente, indirectamente o colateralmente los perjuicios ocasionados por la infracción de una norma de carácter penal.

Para Ulf Christian Eiras la define como: *“El ser humano que padece una amenaza o daño en los bienes jurídicamente protegidos por la normativa penal por el hecho de otro e, incluso por accidentes debidos a factores humanos o mecánicos atribuibles a alguien”*.³⁶⁸

Esta definición introduce dos elementos fundamentales como es el ser humano que soporta los perjuicios ocasionados y los accidentes ya sean por error humano o fallas mecánicas.

El 11o Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, realizado en Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005, lo define *“son aquellos en que los infractores, las víctimas y otras personas afectadas por un delito participan, a menu-*

367 TAMARIT SUMALLA, Josep. (Coord.). “La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios, Investigación y Marco Teórico”. *En La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Editorial Comares. Granada.2012. p. 49. (Negrita es Nuestra)

368 EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. ¿Dónde está la Víctima? Apuntes sobre Victimología. Colección Visión Compartida. Edit. Histórica. 2008, p. 30.

do con ayuda de un facilitador, en la solución de las cuestiones dimanantes de ese delito”.³⁶⁹

En la Declaración de las Naciones Unidas N°40/34 del 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del poder la define: “Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder”.

La definición que las Naciones Unidas tienen, un concepto amplio, porque no sólo establece lo individual sino lo colectivo y los perjuicios que se le puede ocasionar a su patrimonio.

Además, estas definiciones consideran la justicia restaurativa como un nuevo modelo de hacer justicia, en la cual intervienen directamente tanto la víctima como el victimario, con la finalidad de resolver el fondo de la controversia y poner así fin al conflicto penal planteado, contribuyendo así la paz y armonía social.

Intereses de las víctimas en los procesos de justicia restaurativa

La víctima tiene algunos intereses en participar en el proceso de justicia restaurativa, en los cuáles pueden estar:

Interés Penal: Ser escuchado dentro del proceso penal. No constituye una finalidad de la víctima la detención del ofensor, sino que se resuelva la situación lo más pronto posible. Además los delitos que son desistibles tienen penas menor de cuatro años, por lo cual no conlleva detención, podrían aplicarse los subrogados penales.

Interés Civil: Es que el ofensor le restituya los daños causados por su acción antijurídica y culpable. Este es el objetivo de la víctima es el resarcimiento del daño causado por el victimario y de ser posible se le restituya el bien objeto del ilícito.

Participación de las víctimas en los procesos de justicia restaurativa

La participación de la víctima en los procesos de justicia restaurativa, como son: la mediación, conciliación, círculo de paz, entre otros es muy activa, pues va establecer directamente sus intereses y preocupaciones, para que la mismas sean satisfechas por parte del ofensor o imputado mediante estos mecanismos de solución de controversias.

369 Naciones Unidas. Documento. A/CONF.203/10. 24 de febrero de 2005, p.6.

Estos mecanismos son los que las Naciones Unidas proponen a los distintos países que lo apliquen en su legislación nacional, en la Resolución 40/34 antes citada en la cual señala los numerales 5 y 7, que dice:

“5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.”³⁷⁰

Las Naciones Unidas impulsan estos mecanismos de solución de controversias con el objetivo de ir promoviendo una vez cultura de paz y restablecer el tejido social que fue resquebrajado. No obstante, existe inquietud en cuanto a estos procedimientos cuando las víctimas no son abordadas efectivamente o las mismas se sienten inseguras, al respecto, en el Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia para víctimas de delito y abuso de poder, lo expone de la siguiente forma:

“Hay cierta preocupación sobre si los abordajes de la justicia retributiva tales como la mediación prestan suficiente atención a los intereses de la víctima. Por ejemplo, aunque la víctima es quien ha sufrido por el delito, la mayoría de los proyectos no toman a la víctima como el punto de partida del proceso de mediación. Comienzan preguntando al autor si él o ella están dispuestos a participar en el proceso de mediación y sólo se aproximan a la víctima luego que el autor haya aceptado. Este abordaje significa que la víctima pueda sentirse presionada a participar en el proceso de mediación. Por ejemplo, la víctima puede estar renuente a negarse debido a que de ese modo parece causar al autor del delito una condena más grave. Además, los proyectos a menudo son dirigidos a grupos particulares de autores, tales como los delincuentes juveniles. Este abordaje categóricamente excluye a grandes cantidades de víctimas de participar en proyectos de justicia retributiva Si se tomara la víctima como punto focal de la mediación, la distinción sería superflua. Es claro que para que la mediación sea exitosa, debe haber un balance entre los intereses de la víctima y los del autor.”³⁷¹

Para evitar esta circunstancia la Directiva 2012/29/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se

370 Naciones Unidas. Documento. A/CONF.203/10. 24 de febrero de 2005, p.7

371 Naciones Unidas. Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia para víctimas de delito y abuso de poder.,p.48

sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, en su artículo 12 derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, considera:

1. “Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;*
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;*
- c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;*
- d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;*
- e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.*

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”.

Lo que se debe evitar en estos tipos de procesos es la re-victimización de la víctima, para que esta no sienta burlada en el proceso. Esto va a depender mucho del tercero imparcial, de los representantes legales de las víctimas, la información que se dé sobre este tema, el modelo de justicia reparadora que se diseñe o se esté implementando.

El Imputado en el Proceso Justicia Restaurativa

El imputado es la persona que produce la infracción de la ley penal y que va hacer investigada, una vez se le formule los cargos ante el Juez de Garantías, se le conocerá como imputado.

La formulación de imputación de cargos, es el acto procesal, en audiencia oral ante el juez de garantías, en el cual el Fiscal considera que tiene suficientes elementos de convicción, para señalarle al presunto ofensor que se iniciará una investigación en su contra por los posibles delitos que haya incurrido.

El Dr. Helidoro Fierro Méndez, este lo conceptúa como un “*acto procesal de formulación de imputación se hace efectivo cuando el fiscal, en presencia y bajo supervisión del juez de control de garantías y de manera oral, da a conocer la individualización concreta del imputado, su nombre, los datos que sirvan para individualizar y el domicilio a donde deben hacerse las citaciones. Presenta una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, y si es el caso solicita la imposición de medida de aseguramiento. Así también ofrece al imputado la posibilidad de allanarse a la imputación y obtener rebaja de pena por preacuerdo.*”³⁷²

Con la imputación ante el Juez de Garantías, hay vinculación con el proceso y se inicia formalmente la investigación, al tenor de lo dispuesto en artículo 280 de CPP, que dice:

Artículo 280. *Formulación de la imputación. Cuando el Ministerio Público considere que tiene suficientes evidencias para formular imputación contra uno o más individuos, solicitará audiencia ante el Juez de Garantías para tales efectos. En esta audiencia el Fiscal comunicará oralmente a los investigados que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. La imputación individualizará al imputado, indicará los hechos relevantes que fundamentan la imputación y enunciará los elementos de conocimiento que la sustentan.*

A partir de la formulación de imputación hay vinculación formal al proceso.

Con éste acto se inicia la fase de investigación con todas las garantías procesales para el imputado, abre la posibilidad de realizarse diversas actividades como continuar con el proceso o solicitar el sobreseimiento, ir a los procedimientos simplificado, directo e inmediato y las salidas alternas de resolución de conflictos.

Los intereses del imputado en participar en estos procedimientos, son disimiles entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

La Detención: Por parte del presunto ofensor le interesa no ir a la cárcel con todo lo que ello implica, ante la sociedad amigos, trabajo, entre otros.

La Familia: Al ser detenido se pierde el contacto con la familia y con sus seres queridos, donde la relación familiar se va perdiendo.

Record Polícivo: Al ser condenado sale en su registro policivo, esto le puede causar dificultades al momento de solicitar un trabajo en una empresa pública o privada. (Ver Ley 14 del 13 de abril de 2010).

Estos son algunos de los intereses del imputado al concurrir algunas de las salidas alternas de resolución del conflicto penal y sobre todo terminar con ese calvario que carga que es la persecución del conflicto penal.

372 FIERRO-MÉNDEZ, Helidoro. La Imputación y la Acusación en el Sistema Penal Acusatorio. Editorial LEYER. Colombia. 2005. p.102.

Ventajas de la Justicia Restaurativa

Existen ciertas ventajas tanto para la víctima como para el imputado u ofensor en recurrir a este sistema de justicia como son:

Para la Víctima: Consigue una reparación oportuna al daño causado.

Para el Imputado: Tiene la oportunidad de reparar el daño causado sin ser sometido a juicio.

Para el Estado: Resuelve el conflicto con soluciones ágiles buscando la satisfacción de las personas con propuestas más reparadoras, economiza recursos materiales y humanos que ser destinados a investigar delitos más graves.

Entre otros aspectos positivos que introduce la justicia restaurativa, la doctrina señala los siguientes:

1. “Se pone especial atención a las víctimas u ofendidos del delito;
2. La reparación del daño causado tiene un papel trascendente para las partes del conflicto;
3. Se privilegia la cultura del diálogo y el avenimiento por encima de la confrontación;
4. Se pondera cualquier alternativa previa al Derecho Penal cumpliéndose a cabalidad el principio de última ratio del mismo;
5. Se permuta la finalidad resocializadora de la pena por la restaurativa”.³⁷³

Reparación del Daño

La reparación del daño causado por el ilícito cometido es el elemento fundamental de la justicia restaurativa, pues esta reparación no sólo es a la víctima sino también a la sociedad y al imputado, porque una vez reparado el daño causado, para el imputado se extingue el proceso penal y para la sociedad armonía, tranquilidad y paz social.

Se considera que la “Justicia Restaurativa, aunque también se contempla el pago monetario, en realidad lo que se busca en sí, es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero”.³⁷⁴

La misma también se encuentra consagrada en la Resolución 40/34 de la Naciones Unidas, antes citada cuando en su numeral 8, considera:

373 ZARAGOSA HUERTA, José y VILLARREAL STOLEO, Karla. “La Justicia Restaurativa: Nuevo Paradigma Justicia en México, a partir de la reforma Constitucional del año 2008. En Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Marta Gonzalo Quiroga y Francisco Javier Gorjón Gómez. (Directores). Editorial Dykyson S. A., España. 2011. p.101.

374 PEREZ SAUCEDA, José B. “Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Justicia Alternativa y Restaurativa para una Cultura de Paz”. {Tesis Doctoral} Universidad Autónoma de Nuevo León. México. 2011. p. 455.

8. *“Los delinquentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos”.*

Este mismo criterio lo contempla la Ley 31 de 28 de mayo de 1998 de la Protección de las Víctimas del Delito, que su artículo 2 consagra:

Artículo 1...

Artículo 2. Son derechos de la víctima:

- Recibir atención médica de urgencia cuando la requiera, en los casos previstos por la Ley.
- Intervenir, sin mayores formalidades, **como querellante en el proceso para exigir la responsabilidad penal del imputado y obtener la indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del delito.**

Existen diferentes formas de reparación que se puede establecer, entre las cuales podemos señalar:

La Disculpa: La disculpa que hace el victimario a la víctima, como reconocimiento de un error cometido hacia ella, con la finalidad de que ésta la acepte y se pueda restablecer nuevamente la relación o restaurar el daño causado.

La disculpa es el acto sincero, por el daño producido, que salga del victimario un verdadero arrepentimiento y no sólo por una formalidad, que se reconozca realmente el perjuicio cometido, que quiera ser reparado a través del perdón de la víctima.

Para que se dé la disculpa es necesario contar con los siguientes elementos:

- 1) **“Reconocimiento:** En dicho paso el ofensor reconoce su responsabilidad por lastimar a la víctima, acepta que su conducta causó un daño real y que el ofendido no merecía el perjuicio;
- 2) **Emoción:** Después del reconocimiento de la culpa, se busca que el ofensor pueda experimentar remordimiento o vergüenza por lo sucedido, con el objetivo de que ello pueda resultar sanador para la víctima y rehabilitador para el victimario;
- 3) **Vulnerabilidad:** Se refiere al cambio de poder entre la víctima y el ofensor, pues mediante el delito, el victimario ejerce una fuerza sobre la víctima, al producirse la disculpa el delincuente pasa ese control al ofendido, quien decide aceptar o rechazar la disculpa.

Cambio en la Conducta: En el nivel más básico, el cambio en la conducta por parte del delincuente significa que éste no cometa delitos. Esta es la razón por la que los acuerdos negociados incluyen elementos tales como el cambio del entorno del delincuente, ayudarlo a aprender a tener un nuevo comportamiento y recompensar los cambios positivos. Asistir a la escuela y no concurrir a los lugares que solía frecuentar son modos de lograr el cambio de entorno. Programas para el tratamiento de adicción a drogas, clases para el control del enojo y programas educativos y de capacitación laboral, son modos de que los delincuentes aprendan nuevas conductas. Las reuniones de seguimiento posteriores a los encuentros pueden utilizarse a fin de monitorear el progreso realizado por el delincuente en su intento de cambio y darle un aliento positivo por los progresos realizados.

Generosidad: Sin embargo, los resultados de los procesos reparativos sugieren que víctimas y delincuentes pueden ir más allá de simplemente saldar cuentas. El delincuente puede ofrecerse a realizar servicios que no se encuentran relacionados con la víctima o con el delito cometido, pero que son considerados por la víctima como muestra de una sincera disculpa. Por ejemplo, el delincuente puede estar de acuerdo en realizar servicio comunitario en el organismo que la víctima elija.

Restitución: La restitución puede hacerse devolviendo o reemplazando la propiedad, con un pago monetario, o brindando servicios directos a la víctima.³⁷⁵

La aceptación o rechazo de la disculpa va a depender de la forma que se realice, el estado emocional de la víctima y la franqueza de la persona que la brinda.

El Perdón es la aprobación de la disculpa por parte del victimario, en la cual conlleva un acto solidario y de madurez por parte de la víctima, que nace de su interior su voluntad de aceptar los perjuicios con ánimo de que mejore su conducta, evite nuevas agresiones y se constituya como hombre o mujer de bien.

El perdón es un acto muy interior de la persona, porque tiene que reconocer que existió un daño hacia él; pero pese a las circunstancias no le guarda ni rencor, ni resentimiento, entre otras cosas, a la persona que lo produjo. Podría decirse que es el acto más humilde de un ser humano.

Este es elemento también conocido como resiliencia que es “la co-existencia de sentimientos y emociones tanto positivos como negativos en el proceso de lucha que han tenido que emprender las personas que han experimentado dichas circunstancias nos permite alcanzar un nuevo enfoque de la experiencia traumática.”³⁷⁶

Esta superación de los aspectos negativos sufridos y evolucionarlo a algo positivo implica un verdadero crecimiento de la persona. Muy pocas personas lo han podido hacer como son: nuestro señor Jesucristo, Nelson Mandela y Mahatma Gandhi.

Reparación del Daño la reparación es la forma de retrotraer por los perjuicios daños causados, entendiéndose por este “todo detrimento, perjuicio, menoscabo,

375 <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/reparation>. 24/07/2013

376 EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. Ob cit. p. 71.

dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”³⁷⁷

Esta reparación puede ser in natura o natural o pecuniaria. La primera es una obligación de hacer, resarcir los perjuicios realizando una actividad o por medio del perdón. La reparación pecuniaria es una obligación de dar y constituye “La indemnización, ante la imposibilidad de retrotraer el estado de cosa al existente antes del daño, se traducirá siempre en el pago de una suma de dinero.”³⁷⁸

El dinero “no sólo es la medida de los valores, sino que tiene un poder liberatorio absoluto y permite a la víctima procurarse el equivalente que mejor le convenga.”³⁷⁹

Por lo expuesto, el Juez puede decretar las reparaciones de los daños civiles, que **podrán** ejercerse tanto en la jurisdicción civil o en la jurisdicción penal, a través del juez de cumplimiento. Esto va depender donde la parte interesada desee promover la acción. En virtud de lo señalado en el artículo 122 del Código Procesal Penal, que dice:

Artículo 122 *La acción restaurativa para el reintegro de la cosa y la indemnización o reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, contra el autor o partícipe civilmente responsable, podrá ser ejercida por la víctima del delito dentro del proceso penal, conforme las reglas establecidas en este Código.*

No obstante, aunque la Ley permita que la reparación pueda ser instaurada dentro del proceso penal respectivo, lo recomendable sería que se presentará en la jurisdicción civil, por la especialidad del asunto y la materia que conocen los jueces civiles, que no conocen los jueces penales.

La Mediación

La mediación es un sistema de resolución de conflictos, donde el mediador facilita la comunicación entre los participantes, para llegar a un entendimiento sobre un conflicto planteado.

Se define la mediación como la “*la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.*”³⁸⁰

Para Folberg y Taylor la mediación “*es un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemática-*

377 ALESSADRI RODRÍGUEZ, Arturo. De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Chile. 1987. p210.

378 MARTORELL, Ernesto Indemnización del daño moral por despido. Edit. Hammurabi. Argentina. 1994. p.63.

379 ALESSADRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob., cit. p.539.

380 MOORE, Christopher W. El Proceso de Mediación. Editorial GRANICA. Argentina. 2006. P. 44.

*mente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.*³⁸¹

Se puede considerar que la mediación es una de las formas de solución de conflictos, en la cual un tercero o facilitador, neutral e imparcial, interviene a través de distintas técnicas y herramientas, para que las partes encuentren una solución a sus controversias, a través de la negociación, intercambio de información y lo fundamental, la comunicación.

El mediador es el tercero neutral o facilitador que colabora dentro del proceso de mediación para que las partes puedan resolver sus controversias.

Se define el mediador como “el tercero imparcial en una negociación entre dos o más partes y los ayuda a alcanzar un acuerdo satisfactorio que ponga fin al conflicto.”³⁸²

Para María Elena Caram y otros considera que el mediador “*es un tercero, neutral, capacitado sistemáticamente en las habilidades y destrezas necesarias para conducir un proceso de mediación.*”³⁸³

Por lo que, el mediador es un artista que a través de su trabajo procurará que las partes depongan sus intereses y lleguen a un arreglo satisfactorio. Dentro de este proceso, uno de los roles del mediador es evitar que las partes se ofendan recíprocamente y esto se da por las emociones encontradas que van en contra del proceso de mediación.

La Mediación Penal

En cambio la mediación penal tiene como característica el encuentro entre la víctima y el ofensor, con el objetivo de que se resarza el daño causado y se extinga la acción penal.

Para la Fiscal Beatriz Sánchez Álvarez, define la mediación penal de la siguiente forma: “*como una alternativa de resolución de conflictos que se desarrolla dentro del mismo proceso penal, y que tiene por objetivo que tanto la persona víctima de un delito, como el denunciado, acusado o penado (según la fase procesal en la que nos halleemos,) puedan participar en tal resolución gracias a la ayuda de una persona mediadora buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales y sociales de ambos*”³⁸⁴.

Otra definición es la que nos da Aida Kemeljer de Carlucci, cuando sostiene: “*proceso por el cual la víctima y el ofensor tienen la posibilidad, voluntariamente, de par-*

381 FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. Editorial Limusa. México. 1997. P.27.

382 MARTÍNEZ MURGIA DE, Beatriz: Mediación y resolución de conflictos. Editorial Paidós: México, 1999. p 111.

383 CARAM, María Elena, EIBAUM, Diana T, RISOLÍA, Matilde. Mediación. Diseño de una Práctica. Editorial HISTÓRICA. Argentina. 2006. p.55.

384 SANCHEZ ÁLVAREZ, Beatriz. **La mediación civil y penal. Un año de experiencia.** Estudios de Derecho Judicial N.º.136. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008. p. 233.

*ticipar activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito a través de la ayuda de un tercero imparcial o mediador. La referencia a la víctima y al ofensor no excluye que otras personas (física o jurídica) participen en la mediación”.*³⁸⁵

Ambas definiciones coinciden en que la mediación penal es el acercamiento entre la víctima y el ofensor, por la infracción de la norma penal buscan resolver la situación jurídica reparando el daño ya sea indemnizando o con el perdón de la víctima.

Encuentro o Reunión de Mediación Penal

Es la fase de la mediación donde se encuentra la víctima, el imputado, defensor público o privado, querellante, terceros civilmente responsables, abogado de las víctimas; para buscar una solución al conflicto penal.

La doctrina señala diferentes denominaciones a este momento. Unos consideran que un proceso y lo pueden confundir con un proceso judicial, sesión de mediación, toda vez que lo asemejan como terapia. Para otros, encuentro de mediación, porque las partes se encuentran para solucionar sus conflictos.

La sesión o encuentro de mediación, lo maneja el mediador que debe ser profesional capacitado en las técnicas de mediación y del manejo de los conflictos penales, con criterios de imparcialidad, neutralidad y conducción de proceso.

El proceso de mediación: son las fases o etapas que deben seguir para que las partes procuren arreglar sus controversias de forma rápida y sencilla, mediante la colaboración del mediador.

En síntesis, el proceso de mediación ayuda a *“reducir los obstáculos, a la comunicación entre los participantes, maximizar la exploración de alternativas, considerar las necesidades de todos los involucrados en el conflicto y proveer un modelo para la resolución de conflictos en el futuro.”*²⁸

Aunque el mediador solamente maneja el proceso, a través de distintas técnicas y herramientas comunicacionales, éste puede influir en las decisiones de los mediados, si no actúa éticamente o no está bien capacitado para realizar las mediaciones penales y lo puede hacer influyendo en la toma de decisión señalando por ejemplo: Esta es la mejor alternativa que puedes lograr, si no lo tomas vas preso, en un proceso judicial te pueden dar tantos años, es mejor un mal arreglo que un buen pleito, entre otras cosas; que influyen directamente o indirectamente la voluntad de los mediados y por lo tanto sus derechos humanos y fundamentales.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, porque son derechos universales, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, nacionalidad, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquiera otra condición. *Los derechos humanos son el espíritu, es decir, de las personas como*

385 KEMELJER DE CARLUCCI, Aida. **Justicia Restaurativa**. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2004. p.276.

28 FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison: Ob cit, pág. 24.

*individuos particulares, y no Estado; sin perjuicio de las limitaciones razonables que éste deba establecer según los casos y circunstancias.*³⁸⁶

Los derechos humanos constituyen derechos subjetivos y socio económicos, que tienen las personas y por lo tanto, necesitan protección jurídica para que no sean violados.

Para el Dr. Rafael Aguilera Portales son: *“derechos subjetivos, es decir, posiciones morales y normativas que derivan de una norma jurídico-positiva. En este sentido, los derechos representan el instrumento jurídico y político más pertinente e idóneo para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana”*.³⁸⁷

Según lo expuesto, los derechos humanos están consagrados en las normas jurídicas que son vinculantes que todos los ciudadanos debemos acatarla y el Estado sólo se limita a reconocerlo y protegerlo, dentro del ordenamiento jurídico como la Constitución y los Tratados Internacionales.

Debemos entender que estos derechos fundamentales son subjetivos, entre el titular de éste y la facultad de disponer de estos derechos. Por lo tanto, son derechos personalísimos de cada uno de nosotros. Estos derechos están consagrados en las convenciones internacionales.

Para el Magistrado Hernán De León Batista considera sobre este punto que *“No hay perder de vista que los derechos fundamentales son concebidos, tradicionalmente, como derechos subjetivos de libertad destinados a asegurar la esfera jurídica de su titular individual y, al mismo tiempo, como normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del derecho.”*³⁸⁸

Tomás de Domingo considera aquél *“ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consiste al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos –especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmente.”*³⁸⁹

Los derechos fundamentales constituyen la garantía y requisitos de todos los ciudadanos a una igualdad de oportunidades y participación política en un Estado democrático y social de derecho.³⁹⁰

El artículo 204 del Código Procesal, en sus numerales 1, 7 y 8 de las reglas generales, sosteniente:

386 ORGAZ, Alfredo. Las personas humanas. Esencia y existencia. Editorial Hammurabi Argentina. 2000 p.38.

387 AGUILERA PORTALES, Rafael. . Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Grijley. Perú. 2011, p.86.

388 DE LEÓN BATISTA. “Validez y Eficacia de las normas de Derechos Fundamentales: Una Orientación hacia las Relaciones Interpersonales.” En Coordinador Boris Barrios González. Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano. Panamá, 2012, p. 61.

389 DE DOMINGO, Tomás. “La teoría de la Justicia del Neoonstitucionalismo: Los Derechos Fundamentales como núcleo del bien común. En Antonio-Luis Martínez-Pujalte y Tomás de Domingo. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Editorial Comarés. España. 2011, p. 24.

390 AGUILERA PORTALES, Rafel Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Grijley. Perú. 2011, p. 89.

Artículo 204. Reglas generales. La investigación o el proceso pueden terminar a través de las formas alternativas de resolución de conflictos, las cuales se rigen por las siguientes reglas:

10. Dominio de la autonomía de la voluntad de las partes, rectitud, honradez, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, eficacia, neutralidad, prontitud y buena fe.
11. ...
7. Para alcanzar acuerdos no se empleará coacción, violencia ni engaño a la víctima ni al imputado.
8. No se podrá inducir a las partes a una solución o a acuerdos obtenidos por medios desleales.

Al presentarse el acuerdo de mediación al juez de garantías, vulnerado estos derechos, el juez lo decretará nulo e inadmisibles el mismo, con lo cual conlleva responsabilidad administrativa, si el mediador pertenece a un Centro de Resolución de Conflictos público o privado. Además de las sanciones civiles o penales, al mediador que firmó y puso su número de registro expedido por el Ministerio de Gobierno.

Pero cómo se va a determinar que el proceso de mediación se llevó a cabo en debida forma y que no hubo vulneración de derechos humanos y fundamentales de los mediados. Además, si estuvieron debidamente asesorados antes de firmar el acuerdo de mediación y si el mismo cumple con los requisitos legales.

Se consideró que en las sesiones de mediación participaran los defensores de las víctimas y defensores públicos, para que asesoraran a los participantes en los aspectos legales dentro del proceso penal que se le está siguiendo, así como en la sesión de mediación y en la redacción de los acuerdos de mediación. Los mediadores no pueden dar asesoramientos legales, ni conoce como se encuentran los sujetos procesales dentro del proceso penal. Además, de hacer un proceso transparente y participativo, pues los mediados conocerán firmemente cuáles son sus derechos y obligaciones en el acuerdo y las consecuencias de su incumplimiento, porque fueron asesorados por sus representantes legales.

No se puede pensar en estos días que los abogados son una resistencia en las sesiones de mediación, sino son colaboradores si sabe cómo intervenir en las mismas.

En la mediación penal, participarán los que tengan carácter de víctima e imputados, los defensores públicos o privados, los querellantes o el representante de la víctima, el tercero civilmente responsable, siempre que esté debidamente acreditado en el proceso.

Es importante descartar los roles de los abogados en el encuentro de mediación, que pueden ser abogados, públicos o privados, querellantes y representante legal de la víctima, para el buen desarrollo de la mediación.

El abogado es el *“profesional universitario que cumple un cometido social que consiste en el asesoramiento en la materia jurídica, en conciliación de los intereses opuestos y en el patrocinio y defensa de las causas justas que le sean sometidas.”*³⁹¹

Por lo que el *“abogado debe saber ejercer el Derecho, no como jurista dogmático, cuyo ámbito se limita al estrecho marco de picapleito, sino como el jurista sociólogo que sabe que el abogado invoca el Derecho para servirle a la justicia. Y si en algún momento entra en contradicción el Derecho con la justicia, debe abandonar el primero y seguir a la segunda.”*³⁹²

Los defensores públicos desde su designación como abogado del imputado, de conformidad con el artículo 99 Código Procesal Penal, asume toda la defensa de la persona imputada y se le debe garantizar a ésta todos sus derechos Constitucionales y Legales, pues el artículo 93 de la Ley citada, señala que “desde el acto inicial del procedimiento dirigido en su contra hasta la conclusión del proceso”, hay que respetárselo.

Un proceso termina con sentencia firme y ejecutoriada o por las salidas alternas de resolución de conflictos, por lo que la defensa pública o privada, son fundamentales para el encuentro de mediación.

De igual forma, la representante de la víctima tiene una función primordial desde antes de iniciar el encuentro de mediación de explicarle la función de la mediación, asesoramiento, los resultados que se puede dar y en la redacción del acuerdo. La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha nombrado defensores de la víctima solamente para el encuentro de mediación; pudiéndose dar otras atribuciones adicionales como: explicarles lo que es el proceso ejecutivo por incumplimiento del acuerdo alcanzado, establecer esquemas al respecto, poner en conocimiento dicho incumplimiento, entre otras cosas.

El rol de los abogados en el encuentro de mediación es activo, participativo y dinámico, *“el conocimiento del proceso de negociación y mediación por parte del abogado implica un desafío, porque su rol en la mediación es fundamental importancia. Asesora a su cliente acerca de sus derechos y obligaciones y lo asiste para una mejor satisfacción de intereses posibles.”*³⁹³

Es por eso, insistimos, que la presencia en el encuentro de mediación, de los abogados, entiéndase como tales: defensa pública o privada, representante legal de la víctima y abogado querellante, es esencial para la mediación en materia penal.

Conclusiones

391 COUTURE, J. Eduardo. “Definición de la Profesión de Abogado”. En Tres Conferencias del Dr. Eduardo J. Couture. Imprenta Nacional de Panamá. 1956 .p.19. (Negrita es nuestra).

392 CIPRIÁN, Rafel. La Función del Abogado. Editora Centenario. Santo Domingo. 2001. p.217.

393 CRISTINA CAVALLI, María y QUINTERO AVELLANEDA, Liliana Graciela. Introducción a la Gestión No Adversarial de Conflictos. Editorial Reus. España. 2010. p.147.

En las sesiones de mediación penal, se caracteriza por el acercamiento que se hace entre la víctima y el ofensor, para que éste pueda reparar el daño por la infracción a la Ley penal cometida. Este equilibrio dentro de la sesión es de responsabilidad del mediador penal, que debe procurar realizarlo en todo momento. Empero, puede haber en la sesión o en el acuerdo violaciones a derechos humanos o fundamentales, ya sea por desconocimiento o por falta de información, porque el mediador no puede dar asesoramiento legal a las partes intervinientes en la sesión debido a que pierde su imparcialidad ante las mismas.

Es allí la importancia de los apoderados judiciales sea querellante o defensor de las víctimas y del defensor público o privado, orientador técnico legal, que pueda colaborar con sus intervenciones asertivas, en el buen desarrollo de la mediación penal.

Bibliografía

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA Ramón y ANTÓN, Carlos Romero. Los servicios de mediación penal de Bilbao y Barakaldo. Experiencias de Justicia Restaurativa. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Editorial Hygnes. España.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editorial Grijley. Perú. 2011.
- Congreso de Justicia Restaurativa. Acercamientos Teóricos y Prácticos. Costa Rica, 2006.
- CRISTINA CAVALLI, María y QUINTERO AVELLANEDA, Liliana Graciela. Introducción a la Gestión No Adversarial de Conflictos. Editorial Reus. España. 2010.
- COUTURE, J. Eduardo. “Definición de la Profesión de Abogado”. En Tres Conferencias del Dr. Eduardo J. Costure. Imprenta Nacional de Panamá. 1956.
- DE LEÓN BATISTA, Hernán. “Validez y Eficacia de las normas de Derechos Fundamentales: Una Orientación hacia las Relaciones Interpersonales.” En Coordinador Boris Barrios González. Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano. Panamá, 2012.
- EIRAS, NORDENSTAHL, Ulf Christian. Mediación Penal. De la Práctica a la Teoría. Edti. Histórica, Buenos Aires. 2005.
- EIRAS, NORDENSTAHL, Ulf Christian. ¿Dónde está la Víctima? Apuntes sobre Victimología. Colección Visión Compartida. Edit. Histórica. 2008.
- FÁBREGA P., Jorge y CUESTAS, Carlos. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal. Edit. Jurídica Panameña, Panamá .2010.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y VÁSQUEZ SÁNCHEZ, Rafael. Los Métodos Alternos de Solución de Controversias como Herramienta de Paz. Coordinador Arnulfo Sánchez G. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramienta de Paz y modernización de la Justicia. Edit. Dykinson. España. 2011.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y SÁENZ LÓPEZ, Karla A. Soluciones de Controversias. Enfoque Educativo por Competencias. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. 2009.

La incoercibilidad en las instituciones administradoras de justicia alternativa

Dr. José Guadalupe Steele Garza³⁹⁴

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Características de la Incoercibilidad; 2.1.- La Buena Fe; 2.2.- Probidad; 2.3.- La Moral; 2.4.- La Ética; 3.- La Justicia Alternativa; 4.- Instituciones Administrativas; 4.1.- La Ética en los Entes Administradores; 4.2.- Compromiso de los Prestadores de Servicio; 5.- Procedimiento de Mediación en los Organismos Administradores; 6.- La Mediación Remunerativa; 7.- Conclusiones; Bibliografía

Introducción

La incoercibilidad en los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, es un concepto que se define como el acto u obligación que se cumple por medio de una fuerza interna del individuo o individuo de manera voluntaria y espontánea, es todo aquel pacto que motiva y obliga a las personas en sus derechos y obligaciones por sí mismas. El cumplimiento espontáneo, voluntario y de conciencia de las personas, tiene una calidad primordial para constituir la vida en común y para mantenerla viva a lo largo del tiempo con altos niveles de convivencia. La dinámica, fortaleza y el éxito depende invariablemente de la inconcerabilidad de los acuerdos que plasmen los interesados en su resolución a sus conflictos. La incoercibilidad va de la mano con los mecanismos alternos, al ser las propias partes del conflicto que le otorgaran su eficacia.

Los Métodos Alternos que se administran en las Instituciones Administradoras a través de un tercero neutral, no tienen imperio ni la fuerza coactiva para obligar a realizar acuerdos, sus actuaciones son de carácter pacífico, amistoso y con cumplimiento voluntario a las propias determinaciones de los solicitantes del servicio. Podemos asegurar que la incoercibilidad que se apunta en dirección de los Mecanismos Alternos se le vincula a la moral y libre albedrío de los involucrados en su deseo de resolver sus conflictos en forma definitiva viable y duradera bajo la percepción y re-

394 Doctor en Intervención Social y Mediación por la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia España. Maestro en Ciencias con Especialidad en Métodos Alternos de Solución de Controversias por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinador y Catedrático de la Maestría de Métodos Alternos de Solución de Controversias, en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Titular del Centro de Litigación y Mediación en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor de tiempo completo con perfil Promep, Investigador Nacional nivel 1, Mediador y Arbitro Certificado por el Centro Estatal de Métodos Alternos y del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano del Estado de Nuevo León, Presidente del Colegio de Mediadores del Estado de Nuevo León, Profesor del Instituto de formación profesional en la Procuraduría General de Justicia en el Estado de Nuevo León. correo electrónico steele.jose@gmail.com.

flexión de lo correcto e incorrecto en sus actuaciones dentro de una sociedad. Es inexacto como un común denominador que el cumplimiento coercitivo en los actos de autoridad satisfacen a los justiciables, siempre quedaran resquicios de sentimiento que provocan dolor, angustia, miedo, impotencia y demás sentimientos que perduran en la vida de las personas. La incoercibilidad es un acto emanado de la propia persona de querer realizar o cumplir actos, acuerdo o pactos, evitando al máximo la fuerza coercitiva de los actos de autoridad.

Las instituciones administradoras de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos del ámbito privado y público tienen características especiales en el cual prevalece la voluntariedad de los justiciables para lograr acuerdos a sus conflictos, son entes incoercitivos donde predomina el honor de los contendientes³⁹⁵, la buena fe, probidad, la moral y la ética de todos los involucrados en la resolución al conflicto.

Características de la incoercibilidad

La buena fe.-³⁹⁶ Como principio general, reviste importancia al sujetarse en forma voluntaria el deber de obrar correctamente el individuo o individuo en forma hono-

395 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, señala el honor en una dimensión subjetiva y objetiva, define al honor como el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social. Todo individuo, al vivir en sociedad, tiene el derecho de ser respetado y considerado y, correlativamente, tiene la obligación de respetar a aquellos que lo rodean. En el campo jurídico esta necesidad se traduce en un derecho que involucra la facultad que tiene cada individuo de pedir que se le trate en forma decorosa y la obligación de los demás de responder a este tratamiento. Por lo general, existen dos formas de sentir y entender el honor: a) en el aspecto subjetivo o ético, el honor se basa en un sentimiento íntimo que se exterioriza por la afirmación que la persona hace de su propia dignidad; y b) en el aspecto objetivo, externo o social, como la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad. En el aspecto subjetivo, el honor es lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la propia dignidad. En el aspecto objetivo, el honor es lesionado por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece, es decir, el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros. Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Época: Novena Época Registro: 189164 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIV, Agosto de 2001 Materia(s): Común Tesis: II.2o.C.61 K Página: 1300.

396 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, define a la buena fe como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que reza: "venire contra factum proprium, nulla conceditur", la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria. Amparo directo 614/2011. María de Lourdes Cashonda Bravo. 8 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García. Amparo directo 183/2012. Comunicaciones

rable y diligente. La buena fe sirve para suavizar el rigor de la norma jurídica o moral. Las partes asumen un comportamiento con lealtad en términos prácticos de proporcionalidad y equilibrio, conjugando la responsabilidad de sus actos con la sana convivencia predominando la confianza de los participantes del conflicto. El principio de la buena fe debe primar en todo momento al ser un mecanismo de protección que garantiza los derechos de los particulares como una presunción aplicable a las conductas precontractuales, contractuales y extracontractuales, como una obligación y un deber, de cuya observancia se pueden amenizar las relaciones jurídicas actuando con lealtad, honestidad y confianza, desde su inicio hasta su culminación por su cumplimiento. Las codificaciones del orden civil mexicanas y panameñas aluden y coinciden en el concepto de la Buena fe al referir en algunos de sus dispositivos “La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena”, así como también señalan “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios.” Por lo anterior la buena fe reviste importancia desde los propios administradores de justicia y nos aproxima a la incoercibilidad de los acuerdos que celebren los particulares en los entes administrativos de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

Probidad.- Significa rectitud , integridad y honradez en el actuar, la probidad expresa respeto por uno mismo y por los demás, y guarda estrecha relación con la honestidad, la veracidad y la franqueza. Ser honesto es una forma de sembrar confianza en uno mismo y en aquéllos con quienes interactuamos. Cuando alguien es honesto, actúa con transparencia y con la verdad, transmitiendo tranquilidad a su par o pares. La probidad es también una cualidad que respeta el bien ajeno. La probidad fortalece la vida en comunidad, siempre con la convicción de estar haciendo las cosas de manera correcta, clara e irreprochable, manteniendo la coherencia entre lo que decimos, pensamos y hacemos. En este sentido las instituciones administradoras deben contar con recursos humanos probos quien creara las condiciones a fin de que los participantes del conflicto también actúen con absoluta probidad sin engaños, trampas o simulaciones, actuando con seriedad y translucidez en los acuerdos que cele-

Nextel de México, S.A. de C.V. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero.

Amparo en revisión 85/2012. Ilena Fabiola Terán Camargo. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero.

Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Época: Décima Época

Registro: 2001904 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4

Materia(s): Civil Tesis: I.3o.C.7 K (10a.) Página: 2517.

bren, acercando como consecuencia la incoercibilidad de los acuerdos que pacten los protagonistas de la controversia.

La moral. Son normas a través de las cuales regimos nuestras conductas o comportamientos sociales, que se relacionan en el seno de la sociedad y al entorno que rodea a la misma. Moral proviene del término en latín "morālis" que significa costumbres, la moral plantea qué es lo correcto y lo incorrecto en el marco de una sociedad para conservar de este modo el equilibrio y la armonía. La moral son las costumbres, normas, tabúes y convenios establecidos por cada sociedad. Cisneros Farías ha señalado en su teoría del derecho (1999:27)

"La norma moral es autónoma, una autolegislación o reconocimiento espontáneo de nuestros deberes y de nuestras actuaciones es decir un imperativo aceptado por nuestra propia conciencia, tienen su fuente en la voluntad de quienes deben acatarla... es el centro regulador de nuestra conducta". En estas condiciones la norma moral es incoercible al carecer de sanción al prevalecer la autodeterminación de los actos del emisor y su voluntario cumplimiento, es decir enfatiza la intimidad del ser humano en sus deberes.

La ética. Viene del latín "ethīcus" que significa forma de ser o carácter. La ética es un conjunto de conocimientos derivados de la investigación de la conducta humana al tratar de explicar las reglas morales de manera racional, fundamentada, científica y teórica. Es una reflexión sobre la moral. La ética está relacionada con el estudio fundamentado de los valores morales que guían el comportamiento humano en la sociedad. En un sentido práctico, el propósito de la ética y la moral es muy similar. Ambas son responsables de la construcción de la base que guiará la conducta del hombre, determinando su carácter, su altruismo y sus virtudes, y de enseñar la mejor manera de actuar y comportarse en sociedad.

La justicia alternativa

La justicia alternativa es definida como todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas con el objeto de encontrar una solución consensuada que ponga fin a su controversia conforme a procedimientos adhoc y técnicas específicas aplicadas por especialistas. La justicia alternativa como lo señalan Gorjón&Steele (2012: 6)" es una clara y posible solución al problema de la crisis de la Justicia", una nueva manera de enfrentar y dar solución a los conflictos que surgen en la sociedad en un tiempo relativamente sumario, una vía relativa, mas no absoluta, para descongestionar la Justicia, pero lo más importante es la búsqueda de la real justicia a los protagonistas de un conflicto que incluso permite mantener la

relación personal entre las partes. La justicia alternativa presupone un proceso como lo señala Bordali Salamanca (2004:165-186).

“Lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso de justicia ordinaria y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella.”

La justicia alternativa es una política pública de Estado y los centros alternativos de justicia en sede judicial tienen la responsabilidad de culturizar a la sociedad a través de los diversos medios de comunicación, pues es claro que en algunos centros públicos de Justicia Alternativa sus estadísticas de trabajo son mínimas y no podemos decir por su nulo funcionamiento pues los especialistas, facilitadores, mediadores o conciliadores han sido seleccionados y capacitados, conforme a los lineamientos establecidos en el reglamento de cada entidad, pero el desconocimiento de la ciudadanía al sistema de justicia alternativa difícilmente podrá acceder. Lo que sí es claro y se ha sostenido que los beneficios que ofrecen los mecanismos de justicia alternativa a través de los entes administradores en sede judicial e instituciones privadas, instituciones de educación superior o por personas físicas. Son entre otras:

- Se presta atención a los intereses de las partes en conflicto y no solamente a sus derechos y obligaciones, obteniendo con ello mayores beneficios;
- Tienen impacto positivo en la relación futura de los contendientes, porque fomentan el consentimiento, la tolerancia y la negociación ante la posibilidad de un futuro conflicto de intereses de carácter judicial;
- Desaparece el juez como autoridad, lo cual desinhibe a las partes para poner en la mesa de las discusiones toda la información necesaria sobre los verdaderos intereses que subyacen en la controversia;
- Sus procedimientos observan mayor flexibilidad, pues la solución de las diferencias tienden a ser negociadas, es decir, una de las partes no es enteramente dueña de la razón en perjuicio de la otra;
- Existe celeridad y la escasez de formalismos;
- La voluntariedad, gratuidad, neutralidad, confidencialidad e imparcialidad como principios rectores del procedimiento;
- Los breves tiempos de respuesta, notoriamente más reducidos que los observados en procedimientos seguidos ante tribunales;
- Implica un menor desgaste emocional ya que fomenta que la actitud de las partes sea de colaboración, dando como resultado que ambas ganen;

- Se fomenta entre los ciudadanos la función cívica de resolver sus conflictos de manera privada.

Instituciones administradoras

Las instituciones administradoras públicas y privadas que administran la Justicia alternativa, son el espacio propicio para que las personas, organizaciones y comunidades que participan en un conflicto, construyan a través del dialogo acuerdos viables y duraderos, solucionando parcial o totalmente sus controversias con la guía y orientación de un grupo interdisciplinario facilitador y personal certificado como mediadores conciliadores y árbitros, contribuyendo a obtener una estructura para una nueva cultura de solución de controversias en el cual, la sociedad intervenga en la búsqueda de una real justicia más humana y por ende a una convivencia pacífica.

Es importante que el responsable de la institución administradora tenga entrevistas en forma personal con el aspirante a ocupar cualesquier cargo con el objeto de asegurar un perfil que se aproxime a las tareas futuras a realizarse pues de lo contrario se corra el riesgo de inconsistencias laborales frente al solicitante del servicio.³⁹⁷

La ética en los entes administradores

La ética, tienen por objeto establecer la conducta que deben de regir el personal involucrado en la institución administradora, desde el cargo directivo, los mediadores, conciliadores, facilitadores o aquellos que realicen voluntariado, servicio social o prácticas profesionales e incluso personal administrativo, los cuales garantizarán a las partes en el procedimiento con estricta sujeción a los principios de la ética. El personal involucrado en los Métodos Alternos deberán observar una conducta ética en el desempeño de su función, la cual deberá constituirse y cumplimentarse desde un ámbito personal y profesional, aplicando los principios rectores de los métodos alternos, tales como el respetar la voluntariedad de las partes, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad, equidad y honestidad así como la premisa de lograr un acuerdo libre y voluntario.

397 Tuve el honor de ser invitado como jurado por parte del Instituto de formación Profesional de la Procuraduría de Justicia del Estado de Nuevo León a realizar evaluaciones personales para el ingreso de Mediadores Penales y en ese contexto entrevistamos a un aspirante que había aprobado los exámenes teóricos, prácticos y psicológicos, al preguntarle sobre que aportaría de ser seleccionado para ocupar la vacante en la institución, expresó “yo no apporto nada, vengo a que me aporten, además estoy muy decepcionado de esta institución al litigar un asunto que no me fue nada bien en la mediación penal, muchas gracias por su atención” y se levantó del lugar asignado y se retiró, quedamos sorprendidos de la actitud del profesionista que incluso estaba certificado como Mediador por parte del Poder Judicial del Estado. De lo anterior reviste importancia la entrevista personal para profundizar en su historia de vida, su familia, sus aspiraciones, decepciones y compromisos en la institución para obtener la mejor selección del recurso humano.

Compromiso de los prestadores de servicio

Los prestadores del servicio deberá observar una actitud receptiva, de escucha activa y de respeto hacia la información que revelen las partes, para su guarda y reserva, siendo intransferible a un tercero, inclusive las sesiones deben tener carácter de privadas, y no deberá externar la información recabada a la parte contraria, salvo que cuente con su expresa autorización para hacerlo y que esto facilite a dicho procedimiento.

La neutralidad es un ideal que debe mantener el prestador del servicio en su actuar, a efecto de mantenerse ajeno a los intereses legales que sustenten las diversas partes del conflicto. Con una conducta y actitud abierta al diálogo, el cual se forja con un lenguaje adecuado y claro entre las partes, de acuerdo a las circunstancias, vivencias sociales, culturales y educativas, el cual incite al razonamiento en su total disposición.

El prestador del servicio contestará a cualquier inquietud y necesidad que requieran conocer cualquiera de las partes, asegurándose que hayan comprendido y aceptado toda la información del procedimiento, actuando con rectitud, sin predisposición a favor o en contra de alguna de las partes, procurando que en el acuerdo exista un balance y equilibrio en los derechos de todas las partes, evitando cualquier conducta discriminatoria. Si en cualquier momento del procedimiento, el prestador del servicio que estuviere incapacitado para conducir el proceso de manera parcial, por motivo de sus convicciones, preferencias, condiciones personales, se excusara de intervenir en el procedimiento.

Los prestadores de servicio mediático deberán procurar siempre entender las necesidades físicas y mentales de las partes, con objeto de procurar que el desarrollo de las sesiones del procedimiento sean de un tiempo prudente, en las cuales se debe de evitar a toda costa el estrés de las partes, dejando en claro un ambiente de cordialidad y armonía, para que este procedimiento llegue a un buen acuerdo y en lo posible a excelentes términos para las participantes.

Los prestadores de Servicio se conducirán pertinentemente en las relaciones con sus compañeros y colaboradores en una adecuada organización y planificación en el trabajo a su cargo, salvaguardando los derechos y dignidad de los usuarios, así como de sus compañeros de labor, deberá acopiar la información que las partes otorguen para la solución a su controversia la cual desentrañara con criterios rectos y objetivos; consultando las características y normas del caso, analizando las consecuencias que pudieran producirse, garantizando que el resultado final convenido sea, el más pertinente para los intereses de cada una de las partes en el procedimiento.

El prestador del Servicio deberá estar atento a situaciones adversas, deberá actuar con fortaleza y también resistirse a las influencias, y actuar con rectitud y valentía para poder cumplir con su función en el desempeño de sus actividades como prestador de servicio profesional, cuidará que su conducta esté en concordancia con el cargo y función que desempeña, cumpliendo diligentemente sus obligaciones, tendrá como herramienta eliminar la equidistancia de la comunicación que se pre-

senten entre las partes, identificando la raíz del desacuerdo, creando confianza y seguridad, que permita una comunicación correcta y efectiva en beneficio de los intereses comunes para llegar a una solución satisfactoria e incoercible en su cumplimiento.

El prestador del servicio reconocerá sus capacidades, evitando actitudes y conductas que denoten alarde de superioridad y poder, guardando una actitud neutral y evitando actos que vayan en detrimento de la respetabilidad y seriedad de su cargo, observando en el desarrollo del procedimiento un comportamiento y actitud justa, recta y ecuánime en todo momento, ayudando a las partes llegar al convenio que den por terminado su conflicto.

Otro factor no menos importante es la ubicación del ente administrador de Mecanismos Alternos en reiteradas ocasiones nos encontramos que se encuentra aislados o de difícil acceso y sin señalamientos de la actividad que se realiza y está adversidad, también puede ser un detonante para desistir en las intenciones de los justiciables a someter sus diferencias.

Procedimiento de mediación en los organismos administradore.

La persona física o moral que se encuentre frente a un conflicto, podrá acudir ante la instituciones públicas y privadas para evaluar el asunto y procedencia del Método Alterno elegido, en el caso de ser procedente, se invita a las partes conforme a los lineamientos establecidos en la Ley y Reglamento, el asunto puede concluir con la firma de un convenio parcial o total, en algunos casos para otorgarle seguridad jurídica al convenio se sugiere la certificación o ratificación ante el Director del Centro o ante la autoridad del juez e incluso también puede ser certificado con la fe pública de la autoridad facultada en su regulación; El convenio de Método Alterno en algunos Estados se le otorga el carácter de cosa juzgada. En caso de incumplimiento parcial o total del convenio, el asunto puede regresar al organismo administrador a remediación y retomar las cláusulas incumplidas o volver a intentar nuevos acuerdos, la flexibilidad del mecanismo, permite a los participantes del conflicto modificar el convenio inicial o construir un nuevo acuerdo de voluntades.

En el supuesto de no concretarse el convenio, el especialista o tercero neutral, podrá dejar a las partes salvados sus derechos para intentar si lo desea la acción jurisdiccional.

En el supuesto de improcedencia del mecanismo alternativo, el especialista podrá canalizar al solicitante del servicio ante la instancia correspondiente.

Lo importante e interesante de la Justicia Alternativa se encuentra en el conocimiento de las partes para someterse, el resultado dependerá de los involucrados e indudablemente del conocimiento y las habilidades, técnicas y destrezas del especialista.

Como una forma de ampliar el radio de acción de la Justicia Alternativa, los organismos administradores deben de estar integradas a Instituciones Gubernamentales

y no Gubernamentales, dentro del área de impacto, con el objeto de organizar programas de difusión, actualización y capacitación, así como también mantener relaciones con otros centros e instituciones afines de nivel local, nacional e internacional, con el fin de compartir experiencias y fortalecerlas en cada país.

Dentro de su estructura técnica los organismos administradores tendrán la capacidad y obligación de:

- Administrar eficaz y eficientemente todos los procedimientos de métodos Alternos.
- Disponer de los mejores recursos humanos especializados en la materia, debidamente certificados, estimulando la actualización constante a través de la capacitación permanente.
- Promover y fomentar las salidas alternativas más convenientes para resolver conflictos.
- Asesorar e informar en forma asertiva a instituciones públicas y privadas en los procedimientos de mecanismos alternos.
- Capacitar a todos aquellos que lo requieran, a través de cursos y seminarios, talleres etc., así como fomentar la investigación y el desarrollo académico.
- Concientizar a las barras y colegios de abogados sobre las ventajas de participar y certificarse como abogados mediadores.

La mediación remunerativa.

La importancia de valorar la mediación en el ámbito privado y su remuneración, consistirá en su funcionamiento y la forma de administrarse de las instituciones independientes, instituciones de educación o por personas físicas, aunado al prestigio exitoso que se acumule en el desarrollo de sus actividades.

Las reglas claras de la remuneración antes, dentro del procedimiento y concluida la mediación o remediación para evitar conflicto con los solicitantes del servicio, es decir la viabilidad del precio de los servicios pactadas en forma convencional o en base a un tabulador de la organización considerando la complejidad del asunto, así como la infraestructura, equipos, mobiliario, honorarios del tercero neutral y demás especialistas que intervengan, en donde se incluyan los impuestos. Cada estado o país podrá sujetarse a la Ley de Aranceles o tabuladores en el cobro de honorarios.

Los especialistas de los organismos administradores, tendrán la capacidad de orientar e informar al solicitante del servicio sobre las ventajas de los mecanismos alternos en cuanto a los costos y rapidez, frente a la actividad profesional de un abogado adversarial y el accionar del proceso jurisdiccional ante las instancias de justicia.

El organismo administrador tendrá la responsabilidad de ostentar un reglamento interno en su organización para evitar malas prácticas que afecten la confianza y credibilidad, así como un Código de Ética que serviría como guía a la acción moral, en

la que el tercero neutral declara su intención de cumplir con la sociedad, de servirla con lealtad y diligencia, concentrándose los valores organizacionales en el que deberá orientar su comportamiento. Lo anterior incrementaría el compromiso moral al interior y exterior de la organización y el impacto de confianza a los solicitantes del servicio que se reflejaría como un bien intangible para el cobro de sus honorarios.

Por último la sensibilidad del organismo administrador privado en aquellos casos de asuntos de responsabilidad social frente a la sociedad, es decir la importancia del cumplimiento de los objetivos de las organizaciones en proporcionar apoyo a los conflictos sociales sin el interés pecuniario.³⁹⁸

Conclusiones.

La Justicia alternativa, ha sido considerado en algunos países como un Derecho Humano plasmado en Constituciones, es por hoy una forma efectiva de resolver los conflictos que día con día enfrenta la sociedad en la búsqueda de la real justicia, su humanización y pacificación con los ingredientes principales plasmados en los principios de la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, equidad y honestidad, son el marco perfecto para encontrar soluciones consensados, transparentes a la problemática de las personas físicas y morales. Las normas deben de adaptarse a la realidad social y a las necesidades actuales. Los particulares que acuden ante los entes administradores de Métodos Alternos, ejerciendo su función en virtud de la autonomía de su voluntad, precontractual, contractual o extracontractual, motivando a aquellos que se enfrentan en un conflicto a realizar acuerdos con la existencia de la incoercibilidad proporcionando a los ciudadanos una opción voluntaria, libre, autónoma en la resolución de sus propias controversias, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.

Las instituciones para que alcancen la incoercibilidad en sus actos deberán de conducirse con buena fe, probidad, ética y moral en cada una de sus actuaciones, respetando su Código de Ética como guía a la acción moral, en la que los involucrados declara su intención de cumplir con la sociedad, de servirla con lealtad y diligencia, concentrándose los valores organizacionales, en el que deberá orientar su comportamiento. Lo anterior incrementaría el compromiso moral al interior y exterior de la organización, compartiendo ese compromiso moral y de prestigio con los solicitantes del servicio así como las organizaciones afines, escuelas, organismos gubernamentales y no gubernamentales.

398 En el Estado de Nuevo León, México, cada año se organiza por conducto del Poder Judicial del Estado, la semana de la Mediación convocando a los Mediadores públicos, privados e instituciones académicas de nivel superior para atender a la ciudadanía y asuntos que derivan los jueces en asuntos susceptibles de Mediar, como una responsabilidad social y en forma gratuita.

Bibliografía

- Andrade Morales Yurisha. La justicia Alternativa en México. Una visión a través de los Derechos Humanos. Revista jurídica IUS de la Universidad Latinoamericana de América, México. 2011.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés. Justicia privada. *Rev. Derecho Valdivia*. 2004, vol.16.
- CISNEROS FARIAS, German, Teoría del Derecho, editorial Trillas, México 1999.
- Gorjon Gómez Francisco Javier y Steele Garza José Guadalupe, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, editorial Oxford, México 2013.
- PÉREZ Castañeda, Jorge I. *Justicia Alternativa*. Disponible a través de: http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n28/AJ28_001.htm

Facilitadores judiciales comunitarios como mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables en panamá

Yanireth M. Herrera Vergara.³⁹⁹

Sumario: I. Introducción; II. Marco Conceptual: A. Acceso a la Justicia, B. Grupos Vulnerables C. Inicio del Programa de Facilitadores Judiciales. D. Facilitadores Judiciales en otros países. E. Facilitadores Judiciales Comunitarios como Mecanismo de Acceso a la Justicia de los Grupos Vulnerables en Panamá III. Consideraciones finales.

Introducción

El Sistema de Facilitadores Judiciales Comunitarios fue concebido como un mecanismo para brindar acceso a la justicia a grupos y clases menos favorecidas. En los diversos países donde se ha implementado, se ha tenido el reto de lograr efectivizar este rol y garantizar que se constituya en un canal de comunicación entre la población y las autoridades jurisdiccionales. Se desarrollarán aspectos doctrinales y normativos relacionados con el acceso a la justicia, los grupos vulnerables y la figura del facilitador judicial comunitario a nivel latinoamericano y con énfasis en el caso de Panamá. En este sentido, se requiere comprender la naturaleza de la institución y su utilidad para establecerse como un mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables.

Marco conceptual

A. Acceso a la Justicia

El acceso a la justicia se define como "un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas o jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza o religión"⁴⁰⁰.

La importancia del acceso a la justicia se ha derivado del reconocimiento del mismo como un derecho humano, derivado de instrumentos internacionales como la

399 Estudiante del programa de Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Procesal (yanirethm@yahoo.com).

400 Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía. *Acceso a la Justicia*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.fundacionmediara.org/index.php/resolucion-de-conflictos/justicia-y-tribunales/acceso-a-la-justicia/acceso-a-la-justicia-contenidos-ampliados>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que en su artículo 8 señala:

“Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter”.

La referida disposición, de forma indirecta, reconoce la existencia de este derecho, puesto que para ser oído se necesita la comparecencia de la persona; es decir, el acceso al tribunal y por tanto a la administración de justicia. Para Marabotto “de igual contenido es la norma consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Incluso en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se encuentra una norma similar (artículo 6)”⁴⁰¹.

Ante la relevancia innegable de la temática, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se dispuso la adopción de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que vienen a constituir los estándares mínimos que debe garantizársele a las personas, con cierto grado de vulnerabilidad, para poder tener un acceso real a los entes jurisdiccionales en la búsqueda de una respuesta a sus pretensiones. Para ello describe una serie de recomendaciones para la adopción de políticas públicas judiciales e institucionales, así como prácticas aceptables que deben cumplir a cabalidad los operadores judiciales.

Es importante advertir que estas reglas se encargan de desarrollar “los principios recogidos en la 'Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano' (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada 'Una justicia que protege a los más débiles' (apartados 23 a 34)”⁴⁰².

Con tales antecedentes, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, mediante Acuerdo N° 626 de 15 de octubre de 2009, aprueba la “Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género”, la cual fundamenta, entre otros principios, en el de acceso a la justicia, que describe así:

401 MARABOTTO, Jorge. *Un Derecho Humano Esencial: El Acceso a la Justicia*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>

402 Cumbre Judicial Iberoamericana. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas desfavorecidas*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki20General_Cumbre20Judicial20Iberoamericana/Reglas+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+personas+desfavorecidas

“Acceso a la Justicia. Proveer las posibilidades a las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas y cuyo ámbito material de aplicación se delimita mediante el análisis del conjunto de derechos de la ciudadanía y la valoración de la naturaleza y extensión de la actividad pública, así como los mecanismos e instrumentos jurídicos necesarios para garantizarlos”⁴⁰³.

Se erige entonces el acceso a la justicia, además de un derecho fundamental, en un imperativo de la administración de justicia y uno de los pilares en que descansa un Estado Democrático, Social y de Derecho.

El Órgano Judicial en Panamá ha asimilado a tal nivel este compromiso que creó la Unidad de Acceso a la Justicia y Género, la cual se erige como “el ente administrativo responsable de impulsar una política transversal de accesibilidad a la justicia, en la que incluye niñez, mujeres, personas con discapacidad, pueblos indígenas y otros grupos”⁴⁰⁴. Del mismo modo, realiza la labor de ser un ente permanente de estudio, investigación, evaluación, monitoreo y rendición de cuentas que permite detectar y superar barreras de cualquier índole (legal, económica, física, cultura, estereotipo, etc.) que incidan en la accesibilidad del sistema judicial.

Como organismo interno, también realiza una supervisión y mejora de los servicios prestados por las distintas dependencias judiciales.

No debemos pasar por alto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desde el año 2007, ha venido identificando la falta de acceso a la justicia como una de las problemáticas más representativas en la afectación de los derechos humanos de los países latinoamericanos; por lo que se ha recomendado impulsar acciones concretas para reducir esta brecha.

B. Grupos vulnerables

Como se ha referido previamente, las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, busca la protección de esta categoría de personas, las cuales en su “Sección 2a. Beneficiarios de las Reglas” las define en los siguientes términos:

1. “Concepto de las Personas en situación de vulnerabilidad.
(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades pa-

403 Corte Suprema de Justicia. Acuerdo N° 626 de 15 de octubre de 2009. *Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género*. p.5.

404 Órgano Judicial. Unidad de Acceso a la Justicia y Género. Fecha de Consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.organojudicial.gob.pa/administrativos/unidad-de-acceso-a-la-justicia-y-gro/>

ra ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Se ha señalado que la vulnerabilidad es “la condición de una mayor indefensión en la que se puede encontrar una persona, grupo o una comunidad. Es cuando no se cuentan con los recursos necesarios para satisfacer las necesidades básicas del ser humano, como la alimentación, el ingreso, la vivienda, los servicios de salud y el agua potable, entre otros”⁴⁰⁵.

Diferentes organizaciones e instituciones han abordado, con base a sus criterios de acción, el tema de la vulnerabilidad; en este sentido, podemos señalar que para la Organización de la Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), un grupo vulnerable es “aquel que padece de inseguridad alimentaria o corre riesgo de padecerla”, mientras que otras ONG estiman “una amplia gama de grupos vulnerables que incluye a las mujeres violentadas, refugiados, personas con VIH/SIDA, personas con preferencia sexual distinta a la heterosexual, personas con alguna enfermedad mental, personas con discapacidad, migrantes, jornaleros agrícolas, desplazados internos y adultos mayores”, en tanto que para el Banco Mundial existe esta condición “cuando los recursos del hogar no alcanzan para adquirir el valor de la canasta alimentaria, más una estimación de los gastos necesarios de salud, vestido, calzado, vivienda, transportes y educación”⁴⁰⁶.

Resulta evidente que el enfoque de actuación de cada organización se imprime en la definición de la vulnerabilidad, puesto que su forma de acercamiento al problema constituye su rol fundamental.

Esta realidad, es lo que conllevó a que las 100 Reglas de Brasilia impusieran a cada país el deber de establecer una declaración particular de la situación de vulnerabilidad, la cual se define como “la probabilidad de resultar perjudicado por sucesos inesperados o como la susceptibilidad a impactos exógenos, trascendiendo la perspectiva tradicional de la pobreza”⁴⁰⁷.

Sobre el particular, conviene señalar que el gobierno panameño, a través del Ministerio de Desarrollo Social (MIDES), ha definido los grupos vulnerables o en riesgo social como “aquellos que por sus condiciones sociales, económicas, culturales o

405 Unidad de Derechos Humanos del Gobierno del Estado de México. *Grupos Vulnerables y Minorías*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en:

http://portal2.edomex.gob.mx/udh/conoce_tus_derechos/grupos_vulnerables_y_minorias/index.htm

406 Aequalis. Igualdad para los grupos vulnerables. Fecha de Consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: http://aequalis.mex.tl/507967_Grupos-Vulnerables.html

407 Ministerio de Desarrollo Social. Serial Desarrollo Humano N° 5. *Grupos Vulnerables en la Construcción Social*.p.9.

psicológicas pueden sufrir vejaciones contra sus derechos humanos”⁴⁰⁸. Dentro de esta categoría se han identificado los siguientes grupos o sectores poblacionales: los adultos mayores, las personas con discapacidad, las mujeres, los niños y niñas, la población indígena y la población migrante.

Para cada uno de estos sectores de la población se han tenido que desarrollar políticas concretas en aras de promocionar sus derechos y establecer mecanismos que permitan la prevención de los problemas que fundamentalmente le aquejan; “en la actualidad existen evidencias de un número significativo de documentos normativos (leyes, decretos, resueltos y resoluciones) aprobados en la República de Panamá asociados al interés por lo social y grupos vulnerables del país (grupos indígenas, niñez y adolescencia, mujer, adultos mayores y personas con discapacidad)”⁴⁰⁹.

Las disposiciones legislativas y normativas que establecen tales políticas sociales, vale la pena señalar, fueron aprobadas a partir de la década de los noventa, cuando se empezó a reconocer la vulnerabilidad como una condición de desventaja y riesgo social, lo que imposibilita el desarrollo humano y por tanto vulnera los derechos fundamentales de la población.

C. Inicio del programa de facilitadores judiciales

El Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios es producto un compromiso de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, constituyéndose en una respuesta a la necesidad de las clases desfavorecidas de acceso a la justicia.

Esta alta corporación de justicia asume en el año 2000 un reto sin precedentes en la región, fundamentado en consideraciones de peso, como se aprecia a continuación:

“... las características principales de las áreas rurales del país en particular las ubicadas en la región Central, Norte y Atlántica reflejaban un alto grado de aislamiento, inseguridad, débil presencia institucional del estado, prevalecía de altos niveles de violencia, impunidad, y una constante amenaza a la estabilidad social y política motivada en gran parte por la extrema pobreza.

Con base a esta realidad surge el Programa Acceso a la Administración de Justicia en Zonas Rurales, conocido como Programa de Facilitadores Judiciales Rurales”⁴¹⁰.

Es prudente advertir que el vasto territorio nicaragüense y las condiciones socioeconómicas de un alto porcentaje de la población se erigieron como obstáculos para el

408 Íbidem. p. 17.

409 Ministerio de Desarrollo Social. Serial Desarrollo Humano N° 12. *Política Social: Legislación y normativa – Grupos Vulnerables*. p. 7.

410 Poder Judicial de la República de Nicaragua. *Facilitadores Judiciales: Antecedentes*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/facilit/antecedentes.asp>

acceso formal a la justicia a los ciudadanos; ya que “a pesar de que existían despachos judiciales a nivel de cabeceras departamentales y en municipios importantes, no confluían las condiciones necesarias para lograr un canal de comunicación entre las comunidades y las autoridades jurisdiccionales”⁴¹¹.

La referida iniciativa pretendió, en sus inicios, servir de enlace entre el Poder Judicial y las comunidades con altos índices de pobreza y con mayor distancia de los núcleos urbanos, lo que representaba un reto significativo, así como una innovación que “fue presentada a la Organización de Estados Americanos (OEA), acogiendo esta con beneplácito la iniciativa y constituyéndose en ente promotor y asesor”⁴¹².

El acuerdo entre la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y la Organización de Estados Americanos se concreta para el mes de marzo de 2002, mediante un Convenio de Cooperación, cuyo objetivo radicaba en “reforzar el acceso de la justicia y a fortalecer mecanismos de prevención y resolución alterna de conflictos como vía de mantener el equilibrio social y convivencia armónica”⁴¹³.

El desarrollo de este servicio tiene como principal motor su filosofía, la cual “descansa en las conciencias individuales de los protagonistas principales que son los hombres y mujeres que capacitados y voluntariamente comprometidos, asumen el rol de facilitadores judiciales, en sus comunidades, con la única motivación de la aspiración de alcanzar para su comunidad la Paz Social”⁴¹⁴. Sin lugar a dudas, el éxito del programa radica en el liderazgo comunitario de los facilitadores judiciales y su compromiso de servicio, ya que de forma voluntaria y *ad honorem* realizan una labor que garantiza el acceso a la justicia y la atención a grupos vulnerables.

El Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios “inicia con una cobertura de 12 municipios para el año 2002, ampliándose en la actualidad a 153 municipios”⁴¹⁵.

En cuanto a su impacto social, se ha determinado que ha permitido un enfoque de género, puesto que ha logrado la inclusión de la atención de casos donde las mujeres se encuentran involucradas y se le ha empoderado al existir en la actualidad un alto porcentaje de mujeres ejerciendo el rol de facilitadoras judiciales al destacarse como líderes innatas; el acceso a la justicia, el cual se concreta con un alcance del programa al 20% de la población del país, logrando un fortalecimiento institucional descentralizado, la incorporación del derecho indígena al derecho ordinario⁴¹⁶.

Se ha determinado que “el servicio se ha convertido en un mecanismo de participación ciudadana en la administración de justicia, han fortalecido la gobernabilidad a nivel local y contribuye a la superación de la pobreza”⁴¹⁷.

411 Íbidem

412 Íbidem

413 Íbidem

414 Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay. *Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales: Capítulo de Paraguay - Área Rural*, .p. 23.

415 Íbidem

416 Íbidem

417 Poder Judicial de la República de Nicaragua. op cit.

Por otro lado, existen impactos que se evidencian tanto en la propia población beneficiaria como en la administración de justicia, los cuales han sido listados por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en los siguientes términos:

- Permite que los tribunales se descongestionen.
- Reducen el número de conflictos.
- Reducen los costos a la justicia estatal.
- Más pobladores con acceso a justicia.
- Eleva el nivel de credibilidad y mejora la imagen del sistema, recuperándose el sentido de servicio, solidaridad y de justicia hacia las personas.
- Se incorpora la participación popular en la administración de justicia, y se realiza una alfabetización jurídica en los campos, valles, montañas, barrios urbanos, y permanentemente se asesora jurídicamente a la población, se practican prevenciones y mediaciones.
- Contribuye a la seguridad ciudadana y gobernabilidad local.

No puede negarse que los impactos del programa permiten no solo una mejora significativa para la administración de justicia, sino que fortalecen el derecho fundamental del acceso a la justicia.

D. Facilitadores Judiciales en otros países

Cada país tiene sus propias realidades derivadas de sus condiciones particulares y los requerimientos de su población; pero a pesar de ello, se pueden identificar necesidades comunes que se replican de forma similar y se constituyen en imperativos que deben ser abordados por las autoridades.

Una de estas necesidades es el acceso a la justicia, el cual, por su naturaleza fundamental, es un derecho insoslayable que debe ser garantizado por los gobiernos y sobre todo por la propia administración de justicia.

Ante esta realidad, cada país latinoamericano ha abordado el tema desde diferentes perspectivas, pero algunos han observado que el programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios puede ser replicado en su país, por su adaptabilidad a la idiosincrasia de la población y la realidad objetiva de sus regiones.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ha reconocido que “los logros del servicio, han contribuido a que dicha experiencia, se haya internacionalizado, y se considere viable para otros hermanos países, como Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Argentina, utilizando la plataforma de intercambio y asistencia”⁴¹⁸.

418 *Ibidem*

Con el apoyo de la Organización de Estados Americanos (OEA) el programa ha sido promovido internacionalmente desde el año 2007 y constituyéndose en un producto de exportación a diversas latitudes de nuestro continente; el cual ha sido aceptado con mucho beneplácito por la población beneficiaria, a tal punto que en la actualidad “se cuenta con más de 7500 facilitadores judiciales” en dichos países⁴¹⁹.

Es un hecho cierto que los facilitadores judiciales comunitarios “contribuyen a la gobernabilidad democrática, la defensa de los Derechos Humanos, la reducción de la conflictividad y a la seguridad de la población, en particular aquella en condiciones de vulnerabilidad, mejorando los niveles de acceso a la justicia”⁴²⁰.

El apoyo de la Organización de los Estados Americanos a este tipo de iniciativas se fundamenta en decisiones de la propia Asamblea General, la cual mediante Resolución N° 2768 (XLIII-O/13), reconoció que “fortalecer los sistemas nacionales de administración de justicia, contribuye a prevenir el delito y la violencia, promueve una cultura de resolución pacífica de conflictos de relevancia jurídica y reduce la judicialización de la conflictividad”⁴²¹.

Vale la pena destacar que la incorporación de los diversos países ha sido de forma progresiva y no simultánea, ya que es el producto del interés despertado por los alcances de los países donde se ha instalado previamente; en este sentido, conviene resaltar que en Nicaragua inicia para el año 2002, luego se va diseminando el servicio en los demás países: Paraguay (2007), Panamá (2008), Guatemala (2010), Provincia de Corrientes en Argentina (2011), Honduras (2012), Costa Rica (2013) y el último en incorporarse es El Salvador (2014).

A continuación se realizará un breve abordaje del tema en cada uno de estos países, con excepción de Panamá, el cual será tratado en el siguiente apartado:

cvi. Paraguay

El inicio del Programa de Facilitadores Judiciales en Paraguay, se encuentra ligado a un acuerdo de cooperación suscrito el día 11 de abril de 2007, entre el Secretario General de la Organización de Estados Americanos y la Corte Suprema de Justicia de dicho país; cuya finalidad radicaba en mejorar la administración de justicia.

Su finalidad consistía en que los facilitadores judiciales realizaran su labor en las áreas rurales, para “asistir a los usuarios para acceder a los órganos del sistema de administración de justicia, efectuar las labores que los judiciales les encomienden, prevenir conflictos e impulsar una cultura cívico jurídica”⁴²².

419 Íbidem

420 Organización de Estados Americanos. Secretaría de Asuntos Jurídicos. *Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales*. p. 1.

421 Organización de Estados Americanos. Asamblea General. Resolución N° 2768 (XLIII-O/13). p. 1.

422 Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Paraguay*. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/paraguay.html>

La aprobación formal del servicio se da a través de la Acordada 517 del 22 de abril de 2008, *Por la que se crea la figura del Facilitador Judicial, la Oficina de Facilitadores Judiciales y se aprueba el Reglamento de Facilitadores Judiciales*, proferida por la Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas, se aprecia que el objetivo general de este sistema en Paraguay se ha centrado en “contribuir a la gobernabilidad democrática mejorando los niveles de acceso a la justicia expedita, así como la reducción de la conflictividad y la pobreza a través de un mecanismo de participación para ejercer la ciudadanía sustantiva en materia de acceso a la justicia”⁴²³.

Con miras a tal objetivo, se puede advertir que el programa cuenta, a julio de 2013, con una cobertura de “130 distritos, con una red de 1,554 facilitadores de los cuales el 41% son mujeres”⁴²⁴.

cvii. Guatemala

Este país centroamericano presenta “elevados índices de violencia e impunidad en general, lo cual incide negativamente en la seguridad ciudadana, los derechos humanos y, en definitiva, la gobernabilidad democrática del país; que las barreras de acceso a justicia como la pobreza, educación, distancia, género, etnia, entre otros, pueden ser mitigadas a través de la participación ciudadana en la administración de justicia”⁴²⁵.

Frente a esta realidad, la Corte Suprema de Justicia de este país, al conocer la experiencia de Nicaragua, Paraguay y Panamá, tomó la iniciativa de establecer el servicio, a través de un acuerdo suscrito en noviembre de 2010 con la Organización de Estados Americanos.

En la actualidad, el sistema se encuentra cubriendo “12 departamentos, 65 municipios, con un total de 501 facilitadores, de los cuales 37% son mujeres”⁴²⁶.

cviii. Provincia de Corrientes (Argentina)

Para la fecha del 11 de agosto de 2011, la Secretaria General de la Organización de Estados Americanos y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, celebran un acuerdo de cooperación para la instalación del programa en esta región, el cual es “orientado a efectuar labores que los jueces encomienden, colaborar con los usuarios para acceder a los órganos del sistema de justicia y prevenir conflictos

423 Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay. op. cit. p. 42.

424 Ibidem

425 Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Guatemala*. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/guatemala.html>

1.

426 Ibidem

por medio de la información y el impulso de una cultura cívico jurídica dentro de la población”⁴²⁷.

Este Superior Tribunal de Justicia está compuesto por Ministros y diversas áreas: personal, desarrollo de recursos humanos, inspectoría, fiscalía, prensa y otras; así mismo, a nivel territorial, jueces de paz y funcionarios de los juzgados de paz; siendo estos últimos los que se encargan del programa al ser la primera instancia jurisdiccional.

El Servicio, a la fecha, se encuentra en fase de implementación en esta provincia, teniendo designaciones en “17 municipios, compuesta por 121 facilitadores, de los cuales el 74% son mujeres”⁴²⁸.

cix. Honduras

Para el año 2012, se inicia la implementación del Servicio de Facilitadores Judiciales en Honduras, igualmente tras convenio realizado por la Corte Suprema de Justicia de dicho país y la Organización de Estados Americanos.

De acuerdo a las autoridades judiciales de dicho país, “la iniciativa plantea un acercamiento del sistema judicial al ciudadano que habita en áreas rurales más aisladas del país”⁴²⁹.

Esta iniciativa está programada a establecerse en todo el país en un período de cuatro (4) años, teniendo a la fecha un avance en cobertura en “7 departamentos, 46 distritos con una cantidad de 486 facilitadores designados de los cuales el 25% de ellos son mujeres”⁴³⁰.

cx. Costa Rica

En el caso de Costa Rica, la Corte Plena en sesión 04-13 de 4 de febrero de 2013, declaró al programa de facilitadores judiciales como un asunto de interés institucional; aprobándose posteriormente, en sesión 16-13 del 22 de abril de ese mismo año, la realización de un plan piloto, en el cual se incluye a la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (Conamaj) y la Organización de Estados Americanos (OEA), quienes se encargarán de su ejecución en las regiones de Huetar Norte y Huetar Atlántica.

“Esto es producto del interés institucional del Poder Judicial por servicios judiciales de alta calidad, con un énfasis en el trato humano y accesible a todas las perso-

427 Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Argentina* Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/argentina.html>

428 Ibidem

429 El Heraldo de Honduras. *Lanzan Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales en Honduras*. Fecha de consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.elheraldo.hn/inicio/729146-331/lanzan-programa-interamericano-de-facilitadores-judiciales-en-honduras>

430 Ibidem

nas, sobre todo de aquellas en condición de vulnerabilidad”⁴³¹, a juicio de los integrantes de esta máxima corporación judicial.

Resulta importante anotar que a esta fecha se ha designado a 29 facilitadores judiciales en localidades como: Tortuguero y Ticabán de Pococí; Santa Fe, La Virgen y Coquital de Los Chiles; Venado, El Castillo y La Tigra de La Fortuna; Río Celeste, Katira, El Valle, Betania, Palenque El Sol, Palenque Margarita y Palenque Tonjibe de Guatuso; Birmania, Canalete y México de Upala⁴³².

cxii. El Salvador

Para los días 20 y 21 de febrero de 2013, por invitación del Representante Coordinador del Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales de la Organización de Estados Americanos, el Magistrado Miguel Alberto Trejo Escobar, de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, asiste a la Primera Reunión de Magistrados a cargo de los Servicios Nacionales de Facilitadores Judiciales de Centroamérica, en la ciudad de Guatemala⁴³³ – Con el conocimiento de los avances en los demás países y las experiencias vividas, en el informe de Misión Oficial, expresa su apoyo al servicio y recomienda a los miembros de la Corte Suprema de Justicia analizar, a través de diferentes sugerencias, la viabilidad del programa en dicho país⁴³⁴.

Luego de un análisis de dichas sugerencias, para este año se inició formalmente el servicio en dicho país, desconociéndose a la fecha cifras oficiales de los resultados en las designaciones de facilitadores y áreas geográficas donde se han nombrado.

E. Facilitadores judiciales comunitarios como mecanismo de acceso a la justicia de los grupos vulnerables en Panamá

El inicio del Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios en Panamá, vino de la mano de la iniciativa presentada al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por los magistrados Alberto Cigarruista y Víctor Benavides Pinilla, los cuales basaron su propuesta en el conocimiento que adquirieron del programa, tras una visita a Nicaragua.

Para la fecha del 5 de junio de 2008, se suscribió un Acuerdo de Cooperación Técnica entre la Corte Suprema de Justicia y la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, con la finalidad de establecer el servicio en este país.

Con tal orientación, mediante Acuerdo N° 723 del 21 de noviembre de 2008, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, “creó el Sistema Nacional de Facilitadores

431 Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. Servicio Nacional de Facilitadoras y Facilitadores Judiciales: Luis Paulino Mora Mora. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.conamaj.go.cr/index.php/proyectos/snfj>

432 Ibidem

433 Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Informe de Misión Oficial. Fecha de Consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: http://www.csj.gob.sv/comunicaciones/2013/MAR/informe_MMATE.pdf. p. 1

434 Ibidem, p.8.

Judiciales Comunitarios (SNFJC) como parte del compromiso asumido dentro de la Comisión de Estado por la Justicia para garantizar, de manera eficaz e igualitaria, el derecho constitucional que tienen todas las personas para acceder a la justicia, ya sea a través de los tribunales y juzgados del país, bajo las reglas del debido proceso legal, o, bien a través de mecanismos o medios alternos de solución de conflictos”⁴³⁵. Dicho sea de paso, es importante advertir que tal acuerdo fue aprobado de manera unánime por el pleno de nuestra máxima corporación de Justicia.

Inicialmente se realiza, para el mes de febrero de 2009, el lanzamiento del programa en las provincias de Herrera y Veraguas; realizando un agresivo programa de implementación, lográndose para el 13 de junio de ese mismo año, “la juramentación de 52 facilitadores de los distritos de Las Minas, Los Pozos, Pesé y Santa María “en la provincia de Herrera”⁴³⁶.

Uno de los imperativos que conllevaron la implementación del servicio en Panamá y que en efecto es uno de los compromisos del Pacto de Estado por la Justicia, es garantizar el acceso a la justicia; es por ello que este programa se ha constituido en una de las banderas de la institución con tal fin; ya que se ha apreciado el mismo como un “mecanismo para hacer frente a su constante preocupación por vencer, mitigar y superar las barreras administrativas y legales, que han obstaculizado el efectivo acceso a la justicia por parte de los usuarios en condiciones de vulnerabilidad”⁴³⁷.

Lo anterior se compadece de lo dispuesto en uno de los considerandos del Acuerdo 723 de 21 de noviembre de 2009, en este sentido estima un compromiso no solo de la institución, sino del propio Estado, al señalar:

“... que en la II Cumbre de Las Américas se acordó que los gobiernos '...desarrollarán mecanismos que permitan el fácil y oportuno acceso a todas las personas a la justicia, en particular aquellas de menores ingresos económicos, adoptando medidas que doten de mayor transparencia, eficiencia y eficacia a la labor jurisdiccional. En este contexto, promoverán, desarrollarán e integrarán el uso de métodos alternativos de solución de conflictos en el sistema de justicia...' y en este sentido la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos está impulsando el Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales en países como Nicaragua y Paraguay”⁴³⁸.

435 Órgano Judicial. Revista Ivstitia. *Facilitadores Judiciales: Justicia preventiva abre senderos en las comunidades*. Edición 58. Enero – Junio 2009. p. 6.

436Ibidem, p.5

437 Órgano Judicial. Unidad de Acceso a la Justicia y Género. op. cit.

438 Órgano Judicial. Corte Suprema de Justicia. Acuerdo N° 723 de 21 de noviembre de 2008. Por medio del cual se crea el Sistema Nacional de Facilitadores (as) Judiciales Comunitarios (as). Fecha de consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/ACUERDOS_DE_LA_CSJ/acuerdo_723_de_2009_sistema_nacional_de_facilitadores_judiciales_comunitarios.pdf

Al entrar a analizar con detenimiento el contenido del referido Acuerdo, llama poderosamente la atención lo dispuesto en el artículo 11, el cual describe las funciones de los facilitadores judiciales comunitarios, que a la letra dice:

“Artículo 11. Funciones. Los (as) Facilitadores (as) Judiciales Comunitarios (as) tendrán las siguientes funciones:

- a. Orientar a las personas de su Corregimiento sobre gestiones legales y administrativas básicas.
- b. Apoyar a la primera instancia jurisdiccional del Órgano Judicial, en aquellos asuntos de mero trámite.
- c. Coadyuvar con la administración de justicia promoviendo la utilización de los medios alternos de solución de conflictos.
- d. Mantener una relación y comunicación fluida con los funcionarios judiciales y autoridades locales de la circunscripción donde ejercen sus funciones.
- e. Realizar sesiones de mediación comunitaria acatando lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 777 del 21 de diciembre de 2007, y en aquellas controversias listadas en su artículo 17, a saber:

- Ruidos molestos.
- Riñas.
- Mascotas o animales en soltura.
- Quemaduras.
- Colindancias.
- Instalación y prestación de servicios técnicos básicos (plomería, ebanistería, carpintería, electricidad, chapistería, pintura y mecánica).
- Arbolado rural y urbano.
- Filtración de agua.
- Paredes y cercas medianeras.
- Riego.
- Uso de espacios comunes.
- Ampliación, mejoras, daños u ocupación de la propiedad.
- Pastizales.
- Todos aquellos conflictos susceptibles de transacción o negociación surgidos en el seno de la comunidad, y que puedan ser sometidos a estos mecanismos sin infracción de la ley”.

Como se desprende la disposición *ut supra* citada, las funciones de estos colaboradores de la administración de justicia están alineadas con la promoción del acceso a la justicia como derecho fundamental, atendiendo lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, respecto al *favor libertatis*, principio que reconoce como mínimos los derechos reconocidos por la normativa constitucional y no excluyentes, ni limitativos de otros.

Resulta importante anotar que para la realización de las funciones de mediación comunitaria descritas en dicha disposición, en virtud del Decreto Ejecutivo N° 777 de 21 de diciembre de 2007, “Que dicta medidas sobre las instituciones de arbitraje, conciliación y medicación, se cualifica al mediador y al conciliador y se regula la conciliación y mediación a nivel comunal”, se debe poseer idoneidad, la cual se obtiene luego de realizar los trámites correspondientes descritos en el artículo 20 de dicho decreto ejecutivo y un curso de cuarenta horas de mediación comunitaria certificadas, en este caso, por el Centro de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial.

En el caso de Panamá, el programa se ha ampliado a nueve de las diez provincias, advirtiendo que a la fecha se inician las reuniones de acercamiento interinstitucional para instalar el programa en la provincia de Darién y completar la cobertura nacional. A junio de 2014, “el programa cuenta con 930 facilitadores, de los cuales el 56% son mujeres”⁴³⁹, lo que evidencia no solo el alcance, sino el empoderamiento de la mujer, considerada como parte un grupo vulnerable, en la búsqueda de soluciones a su realidad circundante.

Consideraciones finales

El Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios, en conjunto con la creación de la Unidad de Acceso a la Justicia, el programa de Justicia Inclusiva y la instalación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria, son los proyectos insignia de la institución con miras a lograr en la población un acceso pleno a la justicia y de esta manera cumplir cabalmente con otorgar este derecho fundamental a los asociados.

Es una realidad insoslayable que la población cada vez más clama por un acceso irrestricto a la justicia, esto se evidencia cuando los propios facilitadores judiciales advierten esa necesidad en la población donde prestan sus servicios, como lo expuso en su momento la señora Auristela Barba, Facilitadora Judicial de La Candelaria, distrito de Pesé, provincia de Herrera, quien señaló: “este (Facilitadores Judiciales Comunitarios) es un programa que se necesita con urgencia en nuestros pueblos, ya que muchas veces desconocemos qué debemos hacer cuando surgen las disputas

439 Órgano Judicial. Coordinación Nacional del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios. *Informe del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios de Panamá – Junio de 2014*. p. 1

entre vecinos, cuáles son nuestros derechos y deberes, y cómo debemos hacer funcionar la administración de justicia”⁴⁴⁰.

El programa de Facilitadores Judiciales se ha constituido en una herramienta importante y, quizás, la mayormente reconocida por su efectividad en el acceso a la justicia en Panamá.

A junio de 2014, según información proporcionada por la Coordinación Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios de la Corte Suprema de Justicia, se han brindado 5,776 servicios de acceso brindados, 15,627 servicios de prevención efectuados, 71.705 personas informadas en leyes y normas jurídicas; lo cual se traduce en un avance significativo en acceso a la justicia y colaboración a la primera instancia jurisdiccional, lo que además garantiza una reducción de casos y de litigiosidad, constituyendo una mejora social rumbo a lograr una cultura de paz.

De acuerdo a dicha Coordinación, otro logro del sistema es la incorporación de funcionarios judiciales y de otras entidades en los procesos de promoción, divulgación, capacitación, etc., para lo cual se ha logrado establecer un proceso de formación de formadores, que a la fecha ha graduado a “714 operadores de justicia en Diplomados sobre el Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales (4 ediciones) en Bocas del Toro, Chiriquí, Herrera, Panamá Oeste y Colón con la Universidad Nacional de Panamá”⁴⁴¹, adicional a los funcionarios de las provincias de Coclé y Veraguas que igualmente han participado. Esto garantiza tener un vasto personal con la capacidad y el conocimiento de seguir impulsando el programa con miras a sus autosostenibilidad y consolidación.

El Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios, como práctica de participación ciudadana en el acceso a la justicia se ha enfocado en grupos que, tradicionalmente, han sido considerados vulnerables por las diversas condiciones en que se encuentran inmersos; constituyéndose en un “poderoso mecanismo de información, orientación y acompañamiento para los usuarios. Al acercar el acceso a la justicia a la gente, se disminuyen distancias, costos, desconfianzas; se le da un rostro humano a la justicia”⁴⁴².

La importancia del servicio, en palabras del Magistrado Harley James Mitchell, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en el bienio 2008 -2009, radica en que:

“el servicio de facilitadores judiciales representa una extensión de la administración de justicia que no se funda en el rigor del procedimiento que la caracteriza, sino en permitir que a través de un facilitador judicial las comunidades puedan solucionar sus problemas de manera pacífica, impidiendo que peque-

440 Órgano Judicial. Revista *Ivstitia*. op. cit. p. 7.

441 *Ibidem*.

442 Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. *Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales*. Secretaría de Asuntos Jurídicos. p. 1.

ñas diferencias puedan convertirse en delitos; significa que es un método preventivo, auxiliar de la administración de justicia⁴⁴³.

En definitiva, el Programa de Facilitadores Judiciales Comunitarios tiene la particularidad que abarca el acceso a la justicia desde diferentes perspectivas, no solo brinda información y asesoría, sino que incluso presta labores de acompañamiento, gestiones, actuaciones e incluso la posibilidad de dar una salida alterna al conflicto a través de la mediación comunitaria; de allí que se potencia este derecho fundamental y se permite reducir la brecha existente en la protección de los derechos humanos a la población.

Como en efecto lo expuso el Magistrado Mitchell, uno de las formas de abordar el acceso a la justicia lo constituye el hecho de poder realizar, entre las funciones del facilitador judicial comunitario, las mediaciones comunitarias; que permite una salida alternativa al proceso jurisdiccional, evita la congestión de los tribunales, reduce la litigiosidad, restaura los canales de comunicación entre los asociados y garantiza un proceso de paz social; lo cual es de suma relevancia en nuestro entorno.

Bibliografía

- Fundación Pública Andaluza "Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía". *Acceso a la Justicia*. Recuperado: 16 de julio de 2014. De: <http://www.fundacionmediara.org/index.php/resolucion-de-conflictos/justicia-y-tribunales/acceso-a-la-justicia/acceso-a-la-justicia-contenidos-ampliados>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fecha de Consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>
- Cumbre Judicial Iberoamericana. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas desfavorecidas*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki20General_Cumbre20Judicial20Iberoamericana/Reglas+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+p+ersonas+desfavorecidas
- Corte Suprema de Justicia. Acuerdo N° 626 de 15 de octubre de 2009. *Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género*.
- Ministerio de Desarrollo Social. *Serial Desarrollo Humano N° 5. Grupos Vulnerables en la Construcción Social*.
- Ministerio de Desarrollo Social. *Serial Desarrollo Humano N° 12. Política Social: Legislación y normativa – Grupos Vulnerables*.
- Poder Judicial de la República de Nicaragua. *Facilitadores Judiciales: Antecedentes*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/facilit/antecedentes.asp>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay. *Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales: Capítulo de Paraguay - Área Rural*.
- Organización de Estados Americanos. Asamblea General. *Resolución N° 2768 (XLIII-0/13)*.
- Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Paraguay*. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/paraguay.html>
- Corte Suprema de Justicia de Paraguay. *Acordada N° 517 de 22 de abril de 2008. Por la que se crea la figura del Facilitador Judicial, la Oficina de Facilitadores Judiciales y se aprueba el Reglamento de Facilitadores Judiciales*. Fecha de Consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: http://www.csj.gov.py/par97017/reglamentaciones/modulos/detalle.asp?codigo_acord=973&tipo=Acordada
- Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Guatemala*. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/guatemala.html>

443 Íbidem.

Organización de Estados Americanos. *Red de Facilitadores Judiciales: Argentina* Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://facilitadoresjudiciales.org/historico/argentina.html>

El Heraldo de Honduras. *Lanzan Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales en Honduras*. Fecha de consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.elheraldo.hn/inicio/729146-331/lanzan-programa-interamericano-de-facilitadores-judiciales-en-honduras>

Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. *Servicio Nacional de Facilitadoras y Facilitadores Judiciales: Luis Paulino Mora Mora*. Fecha de consulta: 16 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.conamaj.go.cr/index.php/proyectos/snfj>

Órgano Judicial. Revista *Ivstitia. Facilitadores Judiciales: Justicia preventiva abre senderos en las comunidades*. Edición 58. Enero – Junio 2009.

Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. *Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales*. Secretaría de Asuntos Jurídicos.

Órgano Judicial. Coordinación Nacional del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios. *Informe del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios de Panamá – Junio de 2014*.

República de Panamá. *Constitución Política de la República de Panamá*. Editorial Álvarez. Panamá. 2006.

Órgano Judicial. Corte Suprema de Justicia. Acuerdo N° 723 de 21 de noviembre de 2008. *Por medio del cual se crea el Sistema Nacional de Facilitadores (as) Judiciales Comunitarios (as)*. Fecha de consulta: 15 de julio de 2014. Disponible en: http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/ACUERDOS_DE_LA_CSJ/acuerdo_723_de_2009_sistema_nacional_de_facilitadores_judiciales_comunitarios.pdf

Mediación y acuerdo reparatorio, el trayecto a la extinción penal

“Aproximación del Código Penal Federal y el Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León”

Paris Alejandro Cabello Tijerina⁴⁴⁴

Gabriel de Jesús Gorjón Gómez⁴⁴⁵

Sumario: 1. Introducción, 2. La extinción de la acción penal a través del perdón del ofendido, 3. Catálogo de delitos susceptibles de acuerdo reparatorio, 4. La mediación y el acuerdo reparatorio en el contexto de la justicia restaurativa, 5. Otorgamiento del perdón del ofendido derivado de un procedimiento de mediación y/o conciliación, 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Introducción

Estructurar un estudio sobre el tópico del perdón del ofendido en el Código Penal Federal nos ha permitido y por consiguiente exigido, imbuirnos en la mediación, entendida como un método alternativo para la transformación pacífica de los conflictos, como parte de una opción real para la extinción de la acción penal, formalizada por el acuerdo reparatorio.

La extinción de la pretensión punitiva,⁴⁴⁶ se logra por otorgar el perdón del ofendido, en delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, estableciéndose para ello la intervención de los convenios entre víctima u ofendido, que son el equivalente al acuerdo reparatorio que se suscribe por las partes en la entidad de Nuevo León.

La primera parte de este trabajo consiste en delimitar una de las formas con la que se puede extinguir la acción penal, nos referimos con esto, al perdón del ofendi-

444 Doctor en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia; Miembro del CA en formación de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León UANL-CA-328; Profesor en el Doctorado y en la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, profesor invitado en el máster de Mediación de la Universidad de Murcia e Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León. paris_cabello@hotmail.com

445 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León; Miembro del CA en formación de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León UANL-CA-328; Mediador del Centro para la Orientación y Denuncia CODE de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León, Mediador Certificado por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León. ggorjon@hotmail.com

446 Artículo 93 del Código Penal Federal, México.

do, el cual solamente puede ser otorgado por aquella persona titular del bien jurídico lesionado.

Posteriormente realizaremos un escueto análisis sobre los delitos perseguidos por querrela, los cuales son susceptibles de ser reparados por medio de un acuerdo o convenio, por el cual la parte infractora se compromete a reparar el daño causado, sea físico o moral, a la víctima u ofendido con la acción delictiva.

Este acuerdo reparatorio puede ser concebido por la actuación de un tercero neutral e imparcial bajo un procedimiento de mediación, conciliación o de justicia restaurativa, logrando la participación activa de las partes, así como la responsabilización del victimario; métodos que contribuyen al fortalecimiento del tejido social y por ende, a la prevención del delito.

Ya por finalizar nuestra participación, mencionaremos brevemente el procedimiento por el cual se logra arribar a la construcción del acuerdo reparatorio que ponga fin a la controversia, permitiendo en algunos de los casos, que la parte afectada otorgue el perdón a quien le haya cometido un agravio, extinguiendo la acción penal.

La extinción de la acción penal a través del perdón del ofendido

La acción penal puede ser definida desde la esfera de los derechos individuales de la persona, como la facultad concedida a un individuo para iniciar el proceso penal; y, también, se puede definir desde la órbita de la actividad estatal, como la obligación del Estado de ejercer el *ius puniendi* ante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de una infracción penal.⁴⁴⁷ La primera es llevada a cabo por el sujeto ofendido por la comisión del delito, es decir, por aquella persona titular del bien jurídico lesionado; y la segunda, comprende el deber del Estado para mantener y restablecer el orden jurídico violentado, salvaguardando la paz social.

Centrándonos en el primer supuesto, la acción que promueve el ofendido para buscar la reparación del daño hecho hacia su persona o bienes se le denomina *querrela*, y es precisamente en este tipo de delitos donde procede el perdón del ofendido como vía que extingue la acción penal interpuesta.

El perdón del ofendido extingue el ejercicio de la acción penal, debido a que el titular del bien jurídico lesionado, renuncia o desiste de tal acción, normalmente cuando ya ha sido reparado el daño causado —acuerdo reparatorio— fruto o no de la intervención de un tercero neutral llamado mediador o conciliador.

Cuando se trate de delitos que se persiguen por querrela, el Ministerio Público estará obligado a informar al quejoso que la ley previene un procedimiento alternativo para tratar de resolver el conflicto a través de la mediación, conciliación o el proceso restaurativo⁴⁴⁸, si esto no fuere así, procederá el amparo y la protección de la Justicia de la Unión, pues dicho acto es violatorio de garantías en perjuicio del quejo-

447 Tomo 01 “*ab-adm*” de la Enciclopedia Jurídica La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 264.

448 Fracción V del artículo 299 del Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California

so, toda vez que la omisión de la autoridad responsable infringe las formalidades esenciales del procedimiento o debido proceso legal que tutela el artículo 14 de la Constitución Federal.⁴⁴⁹

La celebración de un acuerdo reparatorio entre la víctima u ofendido y el indiciado, a través de un proceso de mediación, conciliación o justicia restaurativa, puede extinguir la acción penal si el primero otorga su perdón. Lo anterior, requiere atención especial debido a que si se otorga el perdón por parte del ofendido, antes de que se garantice la reparación del daño, el mismo perderá su derecho de ejercitar la acción penal en contra del querellado.

Catálogo de delitos susceptibles de acuerdo reparatorio

Los acuerdos reparatorios pueden ser descritos como “una salida alternativa al proceso penal en virtud de la cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria, y este acuerdo es, además, aprobado por el juez de garantía a cargo del respectivo caso”.⁴⁵⁰

Procederá el acuerdo reparatorio en delitos culposos; en delitos en los que resulte el perdón de la víctima u ofendido; en los delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia; en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional; y en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años —en el caso de la entidad federativa de Baja California⁴⁵¹— y ocho años —en el caso de Nuevo León⁴⁵²; el ofendido solamente tendrá la posibilidad de interponer la querrela durante el transcurso de un año, contados a partir de que el ofendido tenga conocimiento del delito⁴⁵³.

El acuerdo reparatorio comprende:⁴⁵⁴

- I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos, accesorios y en su caso, el pago de los deterioros o menoscabo; si no fuese posible, el pago de su valor actualizado por el Juez atendiendo a las pruebas aportadas o en su caso a los índices inflacionarios publicados por el Banco de México.

449 Jurisprudencia. Registro No. 176330. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Enero de 2006, Página: 2186, Tesis VII. 1o.P. J/52 Materia: Penal.

450 Duce, Mauricio, *La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo código procesal penal*, en VV. AA. “Nuevo proceso penal”, Conosur, Santiago, 2000, p. 140, *apud*. Videla, Bustillos, Lino, *Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación*, REJ-Revista de Estudios de la Justicia, N° 13, año 2010, p. 303.

451 Artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California.

452 Artículo 227 del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

453 Artículo 107 del Código Penal Federal, México.

454 Artículo 33 del Código de Penal del Estado de Baja California.

Tratándose de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fue materia del delito, sin necesidad de recurrir a la prueba pericial.

II.- La reparación del daño material y la indemnización de los perjuicios derivados directa y racionalmente del delito.

III.- La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación

A continuación señalaremos un catálogo que contiene los delitos susceptibles de ser restaurados por medio de un acuerdo reparatorio

EL ACUERDO REPARATORIO PROCEDE EN DELITOS DE:	
<i>ALLANAMIENTO DE MORADA</i>	<i>GOLPES Y VIOLENCIA FÍSICA SIMPLES</i>
<i>DIFAMACIÓN</i>	<i>INJURIAS</i>
<i>ROBO O ABUSO DE CONFIANZA</i>	<i>HOMICIDIO CULPOSO</i>
<i>LESIONES Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA</i>	<i>REPARACIÓN A DAÑOS DE VEHICULO</i>

Fuente: elaboración propia

La instauración de los acuerdos reparatorios como vías de terminación del proceso penal, han adquirido relevancia a partir de la reforma del artículo 17 constitucional, el cual insta a las entidades federativas a contar con leyes alternativas que en materia penal, asegurarán la reparación del daño causado a la víctima.

La aplicación de estos mecanismos tendrá por objeto atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la comunidad.⁴⁵⁵

La mediación y el acuerdo reparatorio en el contexto de la justicia restaurativa

El nuevo modelo de justicia penal —Justicia Restaurativa— procura que la víctima, el victimario y la comunidad, a través de un proceso de mediación o conciliación, puedan tener un punto de encuentro con el objetivo de alcanzar un acuerdo que restaure el daño —moral y material— causado a la víctima y/o la sociedad. En relación con lo anterior, se vislumbra un cambio teleológico de la justicia penal, el cual ahora se centra en el daño causado a la víctima, dejando de lado su insistente obsesión en la aplicación de la pena al delincuente.

La nueva dinámica del procedimiento penal, consiste en agrupar tanto a víctima como victimario con un tercero neutral, quien por medio del diálogo procurará la responsabilización de la conducta delictiva por parte del victimario, para preparar la cimentación de la probable construcción de un acuerdo reparatorio que resarza o mitigue el daño causado a la víctima. En esta nueva forma de administrar justicia,

455 Artículo 195 del Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California, México.

también se pueden incluir a miembros de la familia y de la sociedad, para beneficiar la reinserción social del infractor, en lo que llamaríamos como “círculos de paz”.

Algunas de las razones que se convirtieron en el génesis de este nuevo modelo de justicia penal, a consideración de Heike y Marsahall fueron:⁴⁵⁶

- *La accesibilidad a la justicia*, permitiendo participar directamente a las personas en la solución de sus conflictos, aproximándoles las instituciones jurídicas para tal efecto.
- *El movimiento de las víctimas*, satisfaciendo sus necesidades materiales y psicológicas.
- *La aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos*, como técnicas constructivas de regulación de conflictos y de los problemas para conseguir soluciones más duraderas.
- *La descentralización y control por la comunidad local*, creando espacios e instituciones comunitarias para tratar los enfrentamientos surgidos en su comunidad.
- Entre otros.

Los programas restaurativos se caracterizan por cuatro aspectos importantes: encuentros, reparaciones del daño, participación y resocialización. Estas cuatro peculiaridades que orientan los programas restaurativos corresponden a orientaciones que buscan la solución del conflicto penal⁴⁵⁷ por medio de la mediación y la conciliación.

Las peculiaridades de este nuevo modelo de justicia penal impactan positivamente en el establecimiento de una cultura de la autorregulación de los conflictos, privilegiando la participación activa de todos los involucrados, satisfaciendo las necesidades psicológicas y materiales de las víctimas, y en la resocialización del victimario.

Ésta última parte es muy importante, porque anteriormente ocurría una estigmatización tanto para la víctima como para el victimario por parte de la sociedad, en la primera con actitudes que propiciaban la re-victimización impidiendo la sanación del daño sufrido, y en el segundo, por la carga social interpuesta al infractor que imposibilita su inclusión en la sociedad, dejándole como única vía “la carrera delictiva” para su sostenimiento.

El ámbito competencial del derecho penal establece la punibilidad en el tipo penal, dentro de cada regulación adjetiva estatal; por consiguiente encontramos la clasificación de delitos graves y de los que no lo son.⁴⁵⁸ Este es el punto de partida para poder identificar que existen algunos delitos dónde puede considerarse el perdón del ofendido como extinción de la acción penal.

456 Gordillo Santana, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 58.

457 Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Característica de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, ISSN 0124-0021, N.º. 32, 2010, págs. 273-296.

458 Artículo 227 del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

Esta facultad potestativa del afectado, puede modificar sustancialmente la participación de la autoridad, tratándose de administración o procuración de justicia.

Este nuevo rol de la autoridad, puede ser observado con la intervención de mediadores, conciliadores o facilitadores adscritos al Ministerio Público, como lo señala el sistema penal acusatorio en Nuevo León, el cual cuenta con Centros de Orientación y Denuncia —CODE— dónde el Agente de Ministerio Público Orientador —AMPO—, de la Unidad de Investigación —AMPI—o de La Unidad de Control de Detenidos —UCD-- capta de primera mano los asuntos y los califica para su mediación o no.

Si el Agente de Ministerio Público considera que el acto cometido es susceptible de ser solucionado por medio de un método alternativo para la transformación pacífica de los conflictos, como lo es la mediación o la conciliación; se entrevistará primeramente con la parte denunciante y posteriormente lo hará con la parte denunciada, con la finalidad de recolectar la mayor cantidad posible de información, para poder preparar la reunión conjunta.

Durante el desarrollo de la mediación, el mediador utilizará diversas herramientas para facilitar la comunicación entre las partes, y puedan ser ellas las que construyan el acuerdo que repare el daño causado por el indiciado.

La elaboración del acuerdo reparatorio y su posterior cumplimiento, extingue la acción penal; por tanto, se recomienda introducir en el acuerdo reparatorio, una cláusula de seguimiento, por la cual, se verificará el cumplimiento efectivo de las obligaciones plasmadas en el acuerdo.

Otorgamiento del perdón del ofendido derivado de un procedimiento de mediación y/o conciliación.

La Procuraduría General de Justicia del Estado a través de su órgano u órganos competentes, promoverá y aplicará los mecanismos de justicia alternativa de mediación, conciliación y proceso restaurativo, los cuales permitirán a la víctima u ofendido y el imputado, actuar en forma activa y conjuntamente para resolver sus controversias a través de los acuerdos reparatorios.⁴⁵⁹

A través del acuerdo reparatorio se podrá otorgar el perdón del ofendido por parte de la persona legitimada para concederlo, extinguiendo así la acción penal. El artículo 106 del Código Penal del Estado de Baja California, evidencia claramente lo anterior, y a la letra dice:

Artículo 106.- Extinción por perdón del ofendido.- El perdón de la víctima u ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre

459 Artículo 195 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California, México.

que se conceda antes de dictarse sentencia de segunda instancia y el imputado no se oponga a su otorgamiento, una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

También extinguen la pretensión punitiva, los convenios celebrados entre la víctima u ofendido y el procesado, derivados de la intervención de un mediador, conciliador o facilitador adscrito al Ministerio Público, que hayan sido sancionados y debidamente cumplidos por la parte que se obligó, en los términos de las disposiciones normativas aplicables y en los delitos mencionados en el párrafo anterior.

La aplicación de la mediación, conciliación y el proceso restaurativo, así como la sanción de los convenios, estará a cargo del personal de la Procuraduría General de Justicia que determinen las disposiciones normativas aplicables.

El perdón podrá ser otorgado por la víctima, ofendido o por quien se encuentre legitimado para otorgarlo,⁴⁶⁰ y por consiguiente extingue la acción penal, cuando el delito que se persigue sea a instancia de parte, y aún aquellos que persiguiéndose de oficio, no sean de los considerados como graves y que el perdón se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte.

Igualmente, se puede lograr por medio de la mediación o conciliación, un acuerdo entre el inculpado o procesado y la víctima u ofendido, siempre que se haga del conocimiento del Ministerio Público y en su caso a la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto,⁴⁶¹ con la variante del delito de despojo, toda vez que al resarcir la posesión al dueño original, la cosa objeto de desposesión deberá estar en buenas condiciones.⁴⁶²

El ocaso de la acción penal se presenta por diversas causas, pero hemos de resaltar cuando se ha otorgado el perdón, la conciliación o se da cumplimiento al acuerdo reparatorio.⁴⁶³

El acuerdo reparatorio,⁴⁶⁴ viene a dar formalidad a las pretensiones jurídicas de los contendientes, dónde interviene el mediador y su cumplimiento puede ser de manera inmediata o de tracto sucesivo.

Cuando las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio son de cumplimiento en el acto, cesa la acción penal, si la acción es continuada en el tiempo, hasta en tanto no sea cumplimentada la última de las condiciones establecidas en dicho acuerdo, será cuando ésta concluye.

En este último escenario, se recomienda que el otorgamiento del perdón por parte de la persona legitimada, sea externado hasta que realmente sea reparado el agravio ya sea físico o material, debido a que si al finalizar el procedimiento de mediación y/o conciliación, el perdón del ofendido es manifestado en el convenio antes

460 Artículo 190, Párrafo tercero del Código Penal del Estado de Nuevo León, México.

461 Artículo 111 del Código Penal del Estado de Nuevo León, México.

462 Artículo 401 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León, México.

463 Artículo 93 del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

464 Artículo 226 del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

del cumplimiento de las obligaciones pactadas por el ofensor, no se podrá garantizar el cumplimiento del mismo.

O bien puede quedar supeditado, como es el caso Nuevo León a que las partes manifiestan expresamente en una de las cláusulas de dicho acuerdo, que la acción cesará, toda vez que se cumpla con todas las condiciones expuestas dentro del Acuerdo Reparatorio; y para ello, Nuevo León cuenta con la Unidad de Seguimiento de Salidas Alternas, dependiente de la Procuraduría General de Justicia, la que se cerciora del cumplimiento del Acuerdo, y en caso de incumplimiento, dicha Unidad hace del conocimiento del Ministerio Público tal circunstancia, para reactivar la Carpeta de Investigación⁴⁶⁵.

Procede el acuerdo reparatorio en los delitos culposos y en los que deriva el perdón de la víctima u ofendido,⁴⁶⁶ así como los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional.

Como parte de los derechos de la víctima y en afinidad a lo establecido por el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León, su artículo 135, fracción VII establece que la víctima podrá participar en los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Así mismo, el ordinal 139 del citado cuerpo legal señala en su fracción XII, como parte de los derechos del imputado, aquellos que en su favor dispongan las leyes, sin manifestar en forma específica las leyes a que se refiere, y esto permite que se beneficie por el derecho a la mediación.

El artículo 223 del Código Procesal Penal manifiesta en su fracción I, el consentimiento libre y voluntario de víctima e imputado de someter su conflicto a un mecanismo alternativo para resolver su conflicto.

El perdón del ofendido, en un proceso de orden criminal puede presentarse como consecuencia de la aplicación de la mediación, en virtud de que, el uso de mecanismos alternos para solución de conflictos, abrevia el resultado del trance planteado por los contrincantes, y se formula el acuerdo reparatorio; si este se cumple se cierra el ciclo para el inejercicio de la acción penal.

Las causas de la extinción de la pretensión punitiva, de conformidad con lo que señala el Código Penal Federal, son entre otras el perdón del ofendido en los delitos de querella.⁴⁶⁷

En forma categórica el cuerpo legal citado, declara que el perdón de la víctima extingue la pretensión punitiva, respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrella, siempre y cuando dicho perdón se conceda antes de sentencia de segunda instancia y el imputado no se oponga, ya que una vez que ha sido otorgado, no podrá ser revocado.

La norma de comento no hace alusión a que también pueden extinguir *la pretensión punitiva, los convenios celebrados entre la víctima u ofendido y el procesado, derivados de la intervención de un mediador, conciliador o facilitador adscrito al Mi-*

465 Artículo 230 del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

466 Artículo 227, Fracción II del Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

467 Artículo 93, del Código Penal Federal, México.

nisterio Público, que hayan sido sancionados y debidamente cumplidos por la parte que se obligó, en los términos de las disposiciones normativas aplicables y en los delitos mencionados...⁴⁶⁸ en tal virtud, es de tomarse en consideración el uso de los métodos alternativos para la transformación pacífica de los conflictos, en la procuración de la justicia en esta Entidad Federativa, pero sin definir aún, si será el mediador, conciliador o facilitador, el profesional de los MASC que habrá de realizar este procedimiento.

La cuestión es definir en forma precisa quién será el adscrito al Ministerio Público, ya que si hacemos una sencilla comparación con el esquema de trabajo que se desarrolla en Nuevo León, podemos encontrarnos con una aplicación de la mediación definida en forma muy clara y con un sistema, que aún y cuando no hay un procedimiento formalmente establecido, existen las bases jurídicas y algunas generalidades para la solución de controversias.

Conclusiones

La mediación aplicada en el ámbito de procuración y administración de justicia, de acuerdo al examen de los numerales citados, establece un panorama que permite a los justiciables obtener resultados plausibles, puesto que al ser autocompositiva, permite agilidad y por consiguiente obtención de resultados expeditos; se puede otorgar el perdón del ofendido con la intervención de la autoridad, condicionado a que si no se da cabal cumplimiento a lo pactado, continuará la acción de la justicia en contra del que incumple con el pacto entre particulares y no queda desamparada aquella parte que ha actuado de *bona fide* al tratar de solucionar el conflicto de una forma pacífica y civilizada.

La opción de otorgar el perdón del ofendido una vez concluido los procedimientos de mediación, conciliación o justicia restaurativa, es una prueba más que los métodos alternativos para la transformación pacífica de los conflictos; se convierten en sendas vías para la modernización de los sistemas judiciales y la construcción de sociedades más pacíficas.

El otorgamiento del perdón del ofendido, posterior a los procedimientos inicialmente señalados, es un consentimiento que vislumbra la real reparación del agravio cometido por el agresor, elemento indispensable para la edificación de una cultura de paz.

468 Artículo 106 del Código Penal para el Estado de Baja California. México.

Bibliografía

Doctrina

Duce, Mauricio, *La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo código procesal penal*, en VV. AA. "Nuevo proceso penal", Conosur, Santiago, 2000, p. 140, *apud*. Videla, Bustillos, Lino, *Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación*, REJ-Revista de Estudios de la Justicia, N° 13, año 2010.

Gordillo Santana, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Característica de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera*, Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, ISSN 0124-0021, N°. 32, 2010.

Leyes

Código Penal del Estado de Nuevo León, México

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León, México.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, México.

Código Penal para el Estado de Baja California. México.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California.

Jurisprudencia

Jurisprudencia. Registro No. 176330. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Enero de 2006, Página: 2186, Tesis VII. 1o.P. J/52 Materia: Penal.

Otras fuentes

Tomo 01 "ab-adm" de la Enciclopedia Jurídica La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 264.

Ley de mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales: consideraciones básicas para su implementación

*Roberto Montoya González.*⁴⁶⁹

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes, 3. Requisitos Mínimos, 4. Beneficios, 5. Bibliografía

Introducción

En México existen aproximadamente 25 legislaciones específicas que regulan los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos (MASC), y con ello una gran diversidad de denominaciones y criterios de aplicación, que impiden su adecuado desarrollo.

De lo anterior se desprende la creencia de que no existe razón para justificar la pluralidad de leyes de MASC en el país; es importante destacar que a pesar de la pluralidad que se ha mencionado, no quiere decir que las leyes en mención sean inoperantes, por el contrario, hay entidades que cuentan con leyes muy completas y bien estructuradas pero se encuentran limitadas en cuanto a su utilidad, ya que estas solo son competentes en sus Estados.

Lejos de tener leyes eficientes y eficaces, se ha puesto de manifiesto la carencia de una política pública que se haya apropiado de los MASC y cada vez más surgen barreras que obstaculizan la correcta aplicación de los mismos, provocando conflictos entre las diferentes instituciones o entidades al momento de la operación de estos mecanismos así como la ejecución de los convenios derivados de ellos.

La experiencia empírica de los operadores de los MASC, tanto en el ámbito público como privado, ha demostrado que la discrepancia entre las legislaciones es y ha sido un obstáculo para una adecuada aceptación e instauración de una política pública nacional en materia de MASC.

México cuenta con suficiente experiencia y madurez en el ámbito de los MASC, por lo que es el momento de tomar las mejores prácticas nacionales e internacionales y elaborar diversas investigaciones y estudios que permitan formular un proyecto de Ley Nacional de MASC. Es por eso que se pretende que estos comentarios sirvan como crítica constructiva a la Ley en comento.

469 Lic. En Derecho y Maestro en MASC, por la U.A.N.L.

Director Estatal del Centro de MASC del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas.

En este artículo se proporcionan solo algunos requisitos mínimos que se consideran deben de tomar en cuenta por el legislador al momento de elaborar la norma, ya que es de vital importancia que la Ley Nacional de MASC beneficie al mayor número de personas posible y terminar con prácticas que en la actualidad limitan la aplicación de los MASC.

Antecedentes

Algunos estudios han comprobado que los sistemas tradicionales de carácter procesal se encuentran en un periodo de crisis profunda, esto dio pie a impulsar reformas esenciales, entre ellas el establecimiento de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, que no son nada nuevo, pero que se han transformado de manera paulatina para asumir una función más dinámica y con vigorosa orientación de justicia social.⁴⁷⁰

Desde el año de 1998 en el Estado de Quintana Roo (diez años antes de la reforma constitucional de junio de 2008), dio inicio la vigencia de la primera ley específica en regular los MASC, marcando la pauta para que los demás Estados empezaran a adoptar su propia legislación.

Hoy en día contamos con 25 leyes específicas que regulan los MASC, la mayoría de ellas denominadas Ley de Justicia Alternativa, otras leyes lo son de Mediación y conciliación y otras de Métodos, Medios y Mecanismos alternativos y estas discrepancias son solo en la denominación.

En algunos Estados del País la aceptación por ambas partes de participar en el procedimiento es causal de la suspensión del mismo y en otros no lo es, el mismo caso con la prescripción; por otro lado, no existe una política pública nacional que permita generar el correcto desarrollo de los M.A.S.C., por ejemplo: algunas legislaciones regulan el tema de los requisitos para obtener la certificación o autorización de especialistas o mediadores, el número de horas es variable, así como las profesiones (Derecho, Psicología, Trabajo Social, etc.) y edades.

Requisitos esenciales a considerar en una ley de mecanismos alternativos para la solución de conflictos penales

Al referirse a requisitos mínimos, se hace referencia a las consideraciones esenciales que se deben de incluir en la ley encargada de regular los MASC, ya que de no ser así se corre el riesgo de revictimizar a las víctimas o colapsar el nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, asimismo, se considera que la ley no debe de estar dirigida principalmente a la atención de delitos menores ni de delinquentes primer-

470 Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz. *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Cuarta Reimpresión. México, 2004. Pg.77.

zos, ya que nadie está exento de convertirse en ofensor en más de una ocasión habiendo cometido delitos culposos.

Es de suma importancia facilitar y ampliar los medios de acceso a los MASC y la Justicia Restaurativa, por tal virtud se ha considerado que entre más sean las instituciones facultadas para ofrecer estos servicios, más se empodera a las víctimas que es muy necesario para lograr un resultado con enfoque restaurativo.

Dar prioridad a los procesos incluyentes, colaborativos y acuerdos consensuados; así como clarificar o distinguir las diferencias entre cada uno de los mecanismos alternativos y los procesos de justicia restaurativa, es algo que se debe tener en cuenta al momento de elaborar la Ley, ya que en la actualidad en muchos lugares del mundo se confunde mediación penal con justicia restaurativa.

Maximizar la utilidad de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos

Es de vital importancia que los MASC sean vistos como un medio para ampliar el acceso a la justicia y no como un medio para tratar de aliviar la congestión Judicial.⁴⁷¹ Es por eso que no se debe de olvidar o confundir ese objetivo, sino todo lo contrario se debe multiplicar los medios para que los MASC puedan llegar a más personas a través de todas las instituciones posibles (públicas, privadas, ONG, etc.).

Tal es el caso de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias en Materia Penal⁴⁷², en la que se propone que la Mediación Penal y la Justicia Restaurativa sean ejercidas única y exclusivamente por el Órgano de la Procuraduría General de Justicia de las Entidades Federativas, excluyendo a los Órganos de los Poderes Judiciales Estatales, por lo que en caso de aprobarse, se le privaría a las víctimas de un delito, de la opción de decidir donde solucionar su conflicto, creando de esta manera barreras que obstaculizan el acceso a la justicia y lo más grave que se estaría obligando a la víctima a celebrar acuerdos “expres”, ya que ésta aún no vive el duelo adecuadamente, ya que la víctima necesita expresar sus sentimientos al ritmo y el tiempo necesario de acuerdo a las necesidades de cada persona, para que después pueda sobrevenir el reconocimiento, la aceptación y el perdón.⁴⁷³

La Teoría Utilitarista o Teoría de la Felicidad de John Stuart Mill⁴⁷⁴ sostiene que al momento de elaborar la norma se debe actuar siempre con el fin de producir la mayor felicidad para el mayor número de personas, dentro de lo razonable y lo legal, por lo que las acciones son justas en la proporción con que tienden a promover la felicidad; e injustas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad. En efecto, al referirnos a la utilidad también nos referimos a la prevención.

471 Caballero Juárez, José Antonio, López Ayllón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso. *Libro Blanco de La Reforma Judicial, Una Agenda para la Justicia en México*. Ed. Corunda. México 2006, pg. 87

472 http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/588/TBBD_MASC.jpg

473 Raúl Carrillo García. *¿Porque a Mí? Primera Edición*. Instituto Mexicano de Psicooncología-Plantel Tamaulipas, México 2014. Pg. 67.

474 John Stuart Mill. *El Utilitarismo, Prólogo de Esperanza Guisan*. Alianza Editorial, Madrid 1984.

Definitivamente en un sentido amplio, los legisladores al momento de legislar deben tener siempre presente que la “Norma” que se está construyendo debe en todo momento beneficiar al mayor número de personas posibles y poder lograr un bienestar en la comunidad.

Ahora bien, si visualizamos los MASC con un enfoque utilitarista podemos partir desde el siguiente silogismo jurídico que dice: si se facilita y amplía el acceso a la justicia, se obtiene felicidad y si los MASC facilitan el acceso a la justicia, los MASC proporcionan felicidad.⁴⁷⁵



Requisitos mínimos a considerar en cuanto a la víctima:

Partiendo de la pregunta ¿Qué es lo que necesitan las personas que han sido víctimas de un delito? (robo, lesiones leves o graves, que han perdido un ser querido o han sido violadas) La respuesta a esta pregunta es lo que debe de considerarse como esencial a considerar en una ley de MASC en materia penal.

Es muy importante tomar en cuenta que la víctima de un delito se siente dañada (material, física o emocionalmente), ignorada, violada, etc. Según Howard Zehr⁴⁷⁶ hay cuatro necesidades de la víctima que deben ser atendidas y que se considera que toda ley de MASC en materia penal se debe de tomar en cuenta:

- a) **Información.-** Se refiere a que las víctimas tienen la necesidad de que sus dudas acerca del delito sean aclaradas ¿Por qué a mí? ¿Qué sucedió después de la ofensa?, sostiene Zehr que las víctimas necesitan información verídica no solo especulaciones y que por lo general las respuestas a esas preguntas solo las tiene el ofensor.

475 El Silogismo Jurídico presentado en el presente trabajo, referente a los MASC fué creado por el autor.

476 Zehr Howard. El Pequeño Libro de Justicia Restaurativa. Editorial Good Books. Estados Unidos, 2007. Pg. 19

- b) Narración de los Hechos.-** Este elemento es muy importante en el proceso de recuperación en la víctima, ya que existen buenas razones desde el ámbito de la psicotanatología, que indican que la víctima después de haber vivido en su propia persona o en un ser querido, sienten la necesidad de narrar los hechos.
- c) Control.-** Se considera importante ofrecerle a la víctima la oportunidad de que recupere el sentido de control sobre su vida, ya que una persona que ha sido violada ha perdido el control sobre su cuerpo o una persona que ha sufrido un robo en su casa necesita recuperar el control de su espacio.
- d) Restitución.-** A veces la restitución del daño causado tiene un valor más allá de lo material, ya que si bien es importante para la víctima la reparación material, también lo es que va implícito un “lo siento, reconozco que soy responsable y que tú no tienes la culpa”.

En cuanto al ofensor:

Ha quedado muy claro que la disminución del índice de reincidencia favorece a la comunidad en general⁴⁷⁷ y si queremos que la ley que regule los MASC en materia penal promueva la responsabilidad en los ofensores y que estos cambien su comportamiento, es muy importante considerar las necesidades de los ofensores, si es que se quiere que en un futuro sean miembros útiles en la comunidad y evitar la reincidencia. Es por eso que es necesario fomentar la responsabilidad y la empatía entorno a la reparación de los daños ocasionados, y transformar la vergüenza estigmatizante en vergüenza reintegradora. También se requiere generar una motivación en el ofensor que le permita sanar heridas de su pasado que contribuyeron a su conducta delictiva, darle oportunidades para tratar sus adicciones u otros problemas y fortalecer sus habilidades y destrezas personales que le permitan en el futuro reintegrarse a la comunidad.⁴⁷⁸

En cuanto a la comunidad:

La comunidad⁴⁷⁹ también sufre las consecuencias del impacto del delito, por lo que la ley debe de tomar en consideración las necesidades de la comunidad y los miembros que la componen, por lo que la comunidad juega un rol importante en los procedimientos de justicia restaurativa.

477 Francisco Javier Gorjón Gómez y Marta Gonzalo Quiroga. *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de Paz y Modernización de la Justicia*. Editorial Dykinson. España 2011. Pg.37.

478 Zehr Howard. *El Pequeño Libro de Justicia Restaurativa*. Editorial Good Books. Estados Unidos, 2007. Pg. 22.

479 Algunos autores consideran a la comunidad como “Victimas Secundarias”.

Beneficios

Como ya se mencionó anteriormente, desde un enfoque utilitarista, el último fin que todo ser humano busca es la felicidad, también es importante destacar que los MASC no son la panacea ni la fórmula mágica para lograr la felicidad, pero se ha demostrado que contribuye a lograr solo una pequeña parte de ella.

A continuación enunciaremos algunos de los beneficios que conlleva el tener una ley con las características propuestas.

Acceso a la justicia

Al referirnos al tema del acceso a la justicia con enfoque en los MASC, nos referimos a: que si las normas y las instituciones maximizan la utilidad de los MASC contribuyen a reforzar la motivación en la sociedad para adoptar una cultura del acuerdo y del perdón y que estos acuerdos o convenios puedan dotar de seguridad jurídica a las partes.

Pero como instituciones, ¿cómo podemos incentivar o motivar el uso de los MASC? Nosotros insistimos que al maximizar la utilidad de los MASC se pueden generar las condiciones idóneas para celebrar convenios y si a estos convenios se les dota de certidumbre y se logra mantener las relaciones entre las partes, entonces estaremos creando las condiciones idóneas para que las personas puedan conocer, usar y también difundir los MASC.

Dicho de otra manera las leyes y las instituciones deben de facilitar por todos los medios posibles el acceso a los MASC.

Eficiencia y eficacia

En este tema nos referimos tanto a la manera en que los órganos de impartición y procuración de justicia resuelven los asuntos, como al impacto que sus resoluciones tienen en la sociedad.

a) En el caso de la eficiencia nos referimos:

A la forma en la que los órganos de impartición y procuración de justicia resuelven rápido, con calidad y con un costo moderado.

b) En el caso de la eficacia nos referimos:

Al nivel de cumplimiento; la manera en que la solución impacta el problema que dio origen al conflicto; y la forma en que la solución es percibida por la sociedad en general.

En conclusión, si tenemos un sistema eficiente y eficaz es probable que a mediano o a largo plazo la adopción de los MASC también contribuya a aliviar la congestión de asuntos que hoy en día padecen los tribunales.⁴⁸⁰

Competitividad

La información que los inversionistas obtienen sobre la forma en que los Tribunales resuelven los conflictos, genera a las empresas un estimado sobre el tiempo y las condiciones en las cuales se resuelven los asuntos ya que los grandes empresarios buscan la mayor seguridad jurídica para poder invertir en un país.

Un servicio de calidad en el ámbito de impartición de justicia reduce los costos de transacción, toda vez que permite que las personas empresarias no distraigan tantos recursos en garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Por lo que podemos decir que la eficiencia y eficacia con la que los tribunales actúan tiene una importancia creciente sobre la inversión, el comercio y el mejoramiento de la competitividad de un país; entonces podemos decir que un sistema judicial eficaz y eficiente facilita el crecimiento económico.

Bibliografía

- John Stuart Mill. *El Utilitarismo*, Prólogo de Esperanza Guisan. Alianza Editorial, Madrid 1984.
- Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz. *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Cuarta Reimpresión. México, 2004.
- Caballero Juárez, José Antonio, López Ayllón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso. *Libro Blanco de La Reforma Judicial, Una Agenda para la Justicia en México*. Ed. Corunda. México 2006.
- Zehr Howard. *El Pequeño Libro de Justicia Restaurativa*. Editorial Good Books. Estados Unidos, 2007.
- Francisco Javier Gorjón Gómez y Marta Gonzalo Quiroga. *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de Paz y Modernización de la Justicia*. Editorial Dykinson. España 2011.
- Zehr Howard. *Cambiando de Lente: Un nuevo enfoque para el Crimen y la Justicia Tercera Edición*, editado simultáneamente en Harrisonburg Virginia y Waterloo Ontario, Editorial Herald Press, 2012.
- Mark Platts, Miguel Carbonell y Juan Carlos Geneyro. *¿porqué leer a Mill hoy?* Editorial Fontamara. Primera edición. México, 2013.
- Raúl Carrillo García. *¿Porque a Mí?* Primera Edición. Instituto Mexicano de Psicooncología-Plantel Tamaulipas, México 2014.

480 Caballero Juárez, José Antonio, López Ayllón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso. *Libro Blanco de La Reforma Judicial, Una Agenda para la Justicia en México*. Ed. Corunda. México 2006. pg. 87

Páginas de Internet Consultadas:

http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/588/TBBD_MASC.jpg

El acceso a los métodos alternos de solución de conflictos como garantía de seguridad jurídica

Erick Alberto Durand de Sanjuan⁴⁸¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en México. 3. La Reforma Constitucional del año 2008. a) Alcances de la reforma Constitucional. 4. Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos como un procedimiento garantista. 5. Los derechos fundamentales en México y sus garantías. a) Garantías de igualdad. b) Garantías de libertad. c) Garantías de seguridad jurídica. 6. Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos como garantía de acceso a la justicia. 7. Conclusiones y propuestas. 8. Bibliografía.

Introducción

La implementación de los métodos alternos de solución de conflictos en México como medio para acceder a la justicia en México inicia con la reforma constitucional del año dos mil ocho. Antes de esta reforma, la tutela judicial del Estado, a través de la administración de justicia por los tribunales, era la única forma de acceder a una justicia pronta y expedita. Sin embargo, ante la saturación del sistema judicial, el Estado se vio en la necesidad de crear nuevas formas de solucionar los conflictos entre sus gobernados.

En la actualidad, los métodos alternos son contemplados como coadyuvantes de los tribunales. Aunque, también se puede afirmar que los tribunales contribuyen a que la implementación de los métodos alternos se realice de manera garantista y con seguridad jurídica. En el presente trabajo se analiza la reforma al sistema de administración de justicia como un cambio de paradigma en la forma de acceder a la justicia, el cual ha repercutido tanto en el Estado y como en el gobernado.

Contexto de los métodos alternos de solución de conflictos en México

En México, nos encontramos en una etapa de transición de un sistema judicial estricto, donde las partes eran meras espectadoras del actuar judicial, a uno que admite la participación de la partes en la solución de su propio conflicto. El reconocimiento de la necesidad de impulsar reformas a los sistemas de impartición y procuración de

481Alumno del Programa Doctoral de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en Derecho con Orientación en Derecho de Amparo. Licenciado en Derecho. erick.durand@hotmail.com

justicia ha llevado a que nuestros gobiernos asuman dicha necesidad, como una de las grandes prioridades de las agenda públicas.⁴⁸²

Se ha dado impulso legislativo a la resolución alternativa de conflictos. La implementación de los métodos alternos de solución de conflictos en nuestros sistemas judiciales es cada día más común, en especial la mediación, como una salida alterna y solución al conflicto de la impetración de la justicia.⁴⁸³ La transformación del sistema de administración de justicia es ahora todo un hecho, y en gran medida, es consecuencia de la implementación de la mediación.

Actualmente 16 constituciones locales contemplan los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en específico la mediación como una forma en la que los particulares podrán resolver sus conflictos, facilitando la vía con apoyo de los diferentes tribunales superiores de justicia y las procuradurías, que más que una situación garantista la podemos considerar como una acción culturizadora.⁴⁸⁴

Sin embargo, este impulso otorgado a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos ha generado una serie de dificultades legislativas. Con base a la autonomía legislativa de cada estado, en base al sistema federal, tenemos un gran número de Leyes que regulan la mediación. Esto ha provocado un desorden legislativo y la coexistencia de diversos conceptos atendiendo al estado de que se trate.

Para Francisco Gorjón estas legislaciones se agrupan en 5 grandes rubros⁴⁸⁵, el primero de ellos como Leyes de Justicia Alternativa identificadas en 10 Estados; el segundo como Leyes de métodos o medios o mecanismos alternos de solución de conflictos identificadas en 5 Estados; en el tercer grupo se encuentran las Leyes de mediación o conciliación o de promoción de paz identificadas en 7 Estados, el cuarto, Leyes de violencia intrafamiliar identificadas en 7 Estados que identifican a conflictos familiares como mediables y por último en el quinto grupo Leyes específicas de justicia penal restaurativa identificadas en 5 Estados.

La Reforma Constitucional del año 2008

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue reformado el 18 de junio de 2008, estableciendo la obligación de que las leyes prevengan mecanismos alternativos de solución de controversias además del procedimiento contencioso tradicional. En la implementación de estos métodos, se incluyó además, en la materia penal, el aseguramiento de los derechos de la víctima y el ofendido, con la reparación del daño, además de supervisión judicial en los casos donde se requiera.

482 García, Estela, Contexto nacional de los métodos alternos para la solución de conflictos, Editorial Porrúa, México, 2009, Página 39.

483 Gorjón, Francisco, Estado del Arte de la Mediación en México, Editorial Aranzadi, S.A., España, 2013, Página 28.

484 Ibidem, Pág. 30.

485 Ibidem, Pág. 32.

Esta reforma constitucional revolucionó la justicia en México y otorgó protagonismo a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la administración de justicia. A través de la misma, fue elevada a rango constitucional la obligación de las leyes a prever una forma alternativa para solucionar conflictos. Lo cual, a sido interpretado como la obligación estatal de crear vías alternativas al procedimiento judicial para acceder a la justicia.

Sin embargo, la modificación a nuestro texto constitucional, y particularmente lo concerniente a la administración de justicia, engendra una serie de interrogantes en relación a los métodos alternos. Primero, ¿podemos considerar el acceso a los MASC un derecho fundamental?, y si es así ¿cuál es el fundamento para ello?. Segundo, ¿una norma puede ser considerada derecho fundamental solo por incluirse en la constitución?, ¿cuáles son las características de los derechos fundamentales en México?

a) Alcances de la reforma constitucional

Tradicionalmente se ha considerado que, en un sistema democrático, la administración de justicia corresponde al Estado. Podemos reconocer este derecho como un derecho a la tutela jurisdiccional, que es el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear sus demandas en un proceso justo y razonable, en el que se respeten las garantías constitucionales del proceso.⁴⁸⁶

En este sentido, el artículo 17 de la Constitución Mexicana prohíbe que las personas se hagan justicia por propia mano, en el entendido de que habrá tribunales establecidos por el Estado que se encarguen de resolver, de manera expedita, las controversias jurídicas en que se involucren los justiciables.⁴⁸⁷ Sin embargo, como ya se dijo, la reforma constitucional plantea una nueva problemática referente a determinar si el acceso a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos contraviene al derecho a la tutela judicial, o bien, si los métodos alternativos pueden ser equiparados a un derecho de esa categoría.

Esto es así, porque a través del derecho a la tutela judicial se garantiza que es el Estado el único titular de la administración de justicia y, por ende, el obligado a cumplir que la misma sea pronta, completa e imparcial, es decir, eficaz.⁴⁸⁸ Bajo esta premisa, las partes requieren ineludiblemente del Estado para la solución de sus conflictos, y por ende, no podrían solucionar sus conflictos de manera alternativa si el Estado no interviene, como acontecería en la mediación privada.

486 Ovalle, José, Garantías constitucionales del proceso, Tercera Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2007, Página 152.

487 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías individuales: parte general, Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, México, 2004, Página 75.

488 Lara, Rodolfo, Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, Editorial Porrúa, México, 2007, Página 159.

La complejidad para analizar el derecho a la tutela judicial, radica en que este precepto consagra tres garantías de seguridad jurídica que se traducen en un derecho público subjetivo individual, en un impedimento o prohibición impuesta a los gobernados y en una obligación para las autoridades judiciales.⁴⁸⁹ Es decir, surte efectos de carácter tanto positivos como negativos para el gobernado, ya que le permite el acceso a un derecho, mismo que una vez adquirido, le prohíbe desplegar cierta conducta.

Debe destacarse que el derecho de acudir a los tribunales se considera una garantía individual en la justicia real, entendida como un valor social que debe ser realizado. Esto habla del derecho de los individuos para tener acceso a la jurisdicción, lo que convierte en obligación del Estado: impartir justicia como un servidor público.⁴⁹⁰ Sin embargo, ¿esta obligación constitucional del Estado puede ser considerada una limitante para que las partes solucionen de manera alternativa sus conflictos? o ¿se trata de un derecho fundamental?.

Para responder estas preguntas debemos considerar que, en base al principio de unidad de la Constitución, el intérprete debe tener en cuenta que su texto contiene un conjunto de normas correlacionadas y coordinadas entre sí, que forman una totalidad, de manera que la interpretación de una norma constitucional deberá efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución.⁴⁹¹ Esto es, nuestro texto constitucional, como cualquier otro ordenamiento, debe ser interpretado de manera sistemática con el objeto de desentrañar el sentido de la norma jurídica.

Además, el principio de concordancia práctica de la Constitución, implica la exigencia de acudir a la ponderación de bienes para resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la norma constitucional.⁴⁹² En este sentido, no se puede perder de vista que el bien jurídico tutelado por el artículo 17 Constitucional, es el derecho del gobernado a acceder a la justicia. La prohibición de hacerse justicia por su propia mano y la obligación de los tribunales a impartir justicia, atiende a la necesidad constitucional de preservar el orden público.

Por ello, el Estado debe crear, a su vez, tribunales y otros organismos de administración de justicia, que tiene que impartirse de manera pronta y expedita; de lo contrario no sería justicia, pues el valor de los bienes que se ponen en juego es de trascendencia inusitada, como la vida, la libertad o el patrimonio de las personas.⁴⁹³ En ese orden de ideas, la reforma constitucional puede ser armónicamente interpretada en el sentido de que, son los Métodos Alternos de Solución de Conflictos una forma de acceder a la justicia, ya que estos no son contrarios al orden público y los acuer-

489 Izquierdo, Martha, *Garantías Individuales*, Editorial Oxford University Press, México, 2007, Página 167.

490 *Ibidem*, Página 171.

491 Cisneros, Germán, *Argumentación y discurso jurídico: acentos constitucionales y administrativos*, Editorial Trillas, México, 2012, Página 98.

492 *Ibidem*, Página 99.

493 Ovalle, José, *Op. Cit.* Página 153.

dos obtenidos con los mismos son revisados, o bien, tutelados por los Tribunales competentes.

La reforma constitucional en comento debe ser interpretada como una expansión del sistema de libertades reconocidas por la Constitución. El intérprete debe encauzar su actividad hacia la optimización y maximización de la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.⁴⁹⁴ Porque el derecho evoluciona conforme las necesidades de la sociedad evolucionan, y el acceso a los métodos alternos da respuesta a la enorme necesidad de justicia pronta y expedita reclamada por la sociedad.

Además, toda interpretación debe partir del reconocimiento de que, por encima de todo están las garantías individuales, las cuales deben ser interpretadas como algo vivo y cambiante, debido a que se dan en un régimen democrático en donde deben prevalecer los derechos del hombre.⁴⁹⁵ En ese sentido, los Métodos Alternos de Solución de Conflictos pueden ser considerados entonces, como una garantía de que el gobernado podrá acceder a una justicia.

Sin embargo, se debe detallar que estos métodos, que garantizan un acceso pronto y expedito a la justicia, no son el derecho fundamental tutelado por la Constitución. Se trata de un medio para garantizar el adecuado acceso a la justicia por parte del gobernado ante la saturación del sistema tradicional de justicia. Por ende, tanto la administración de justicia tradicional deben ser considerados medios para acceder y satisfacer el derecho constitucional de acceso a una justicia.

Los métodos alternos de solución de conflictos como un procedimiento garantista

Ahora bien, partiendo de la idea de que los métodos alternos son uno de los medios, constitucionalmente reconocidos, para acceder a la justicia, se debe asegurar que, la implementación de los mismos conste un procedimiento garantista que otorgue seguridad jurídica al gobernado. Esto es así porque el respeto al orden público se erige como la línea rectora de la implementación de los métodos alternos y de toda administración de justicia. Sin embargo, el concepto jurídico de orden público genera una serie de interpretaciones que lo hacen difícil de definir.

Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano se deben tomar en cuenta los criterios dictados por los Máximos Tribunales de la Nación. Son estos Tribunales la única autoridad con legitimación constitucional para interpretar nuestra norma fundamental, en base al principio de prosecución judicial, que indica que todas las acciones tendientes a cuestionar la constitucionalidad de los actos de autoridad deben seguirse, resolverse o juzgarse ante y por el Poder Judicial Federal.⁴⁹⁶

Al respecto, tenemos que el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, cuyos criterios son de aplicación obligatoria en toda la República, definió al orden público

494 Cisneros, Germán, Op. Cit. Página 102.

495 Rojas, Ariel, Las garantías individuales en México, Editorial Porrúa, México, 2004, Página 60.

496 Garza, Cesar, Derecho constitucional mexicano, Editorial McGraw-Hill Interamericana, México, 1997, Página 98.

como el conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad.⁴⁹⁷

De igual forma, el mismo Tribunal en otro caso estableció que en defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de orden público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial y para llegar a ello, el Juez debe tener en cuenta dos elementos de juicio: el primero, la intervención del Estado, que sólo es de carácter subsidiario en la composición de los conflictos privados, caso en el que las normas están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que ante la duda debe considerarse que no afectan al orden público, debido a que es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto; y el segundo, que los principios que informan el concepto de orden público tienen su fuente en la Constitución General de la República y que, por consiguiente, se le viola cuando se desconocen algunas de las garantías que ella consagra.⁴⁹⁸

En este sentido, tenemos un acotamiento en el derecho constitucional mexicano sobre que es el orden público, o mejor dicho, cuales son los lineamientos que se deben seguir para una correcta definición de orden público. Primero, que el estado solo es subsidiario en la solución de conflictos entre particulares, por lo que, en caso de duda sobre si una disposición es de orden público, debe entenderse a que no lo es, ya que de serlo, la propia legislación lo hubiere previsto. Segundo, cualquier violación a los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución debe ser considerada contraria al orden público.

Entonces, se puede establecer que el estado mexicano distingue como primeras disposiciones de orden público a los derechos humanos reconocidos en la constitución mexicana y en los tratados internacionales. Se busca la protección más amplia a estos derechos en la interpretación que haga el órgano jurisdiccional en los casos sometidos a su jurisdicción. Por tanto, la aplicación de los métodos alternos como medio para acceder a la justicia debe respetar los derechos fundamentales y sus garantías, tal y como sucede en el sistema tradicional de administración de justicia.

Los derechos fundamentales en México y sus garantías

En el pasado de México, se denominó como garantías individuales a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos al individuo. En la actualidad, se ha

497 Época: Novena Época, Registro: 162052, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, TipoTesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.952 C, Pag. 1241.

498 Época: Novena Época, Registro: 183781, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, TipoTesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XVIII, Julio de 2003, Materia(s): Común, Tesis: I.3o.C.64 K, Pag. 1158.

hecho una distinción entre los derechos fundamentales, como derechos públicos subjetivos reconocidos por la Constitución al individuo, y las garantías individuales, que son consideradas los mecanismos para garantizar la satisfacción de los derechos.

Esto es, el objeto de las garantías individuales recae sobre los derechos fundamentales, ya que en los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre los gobernados y el Estado, tienen como esfera de actuación las prerrogativas sustanciales del ser humano, cuyos fundamentos filosóficos se consideran la libertad, igualdad, seguridad jurídica y la propiedad.⁴⁹⁹

En este sentido, podemos considerar a los derechos fundamentales como una parte subjetiva y a las garantías individuales como la parte objetiva. Los primeros cumplen la función de conceptualizar el derecho del individuo, y las segundas, buscan su efectiva protección y cumplimiento. Por tanto, es viable determinar que el acceso a la justicia, como derecho fundamental, puede ser garantizado a través de la implementación de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

Sin embargo, para considerar a éstos métodos un procedimiento garantista debemos encontrar su armonía con otras garantías individuales. Éstas, pueden clasificarse atendiendo a dos criterios fundamentales. Uno desde el punto de vista formal que es la obligación del Estado surgida en la relación jurídica, y la otra es la relación que se da hacia el sujeto activo; por lo que en nuestro sistema jurídico se han clasificado en garantías de igualdad, libertad y seguridad jurídica.⁵⁰⁰

a) Garantías de igualdad

La garantía de igualdad reconoce que todos los seres humanos somos iguales ante la luz de la Ley. Reconocer la igualdad de los hombres ante la ley ha preocupado a numerosas culturas a lo largo de los siglos. En virtud de movimientos revolucionarios, los órdenes jurídicos se modificaron para asegurar la igualdad entre quienes se ubican en los supuestos regulados por normas determinadas.⁵⁰¹

Por igualdad humana entendemos las características reales que todos los seres humanos comparten entre sí y que son comunes a la raza humana.⁵⁰² Aunque, la igualdad no puede ser absoluta. Las innegables diferencias que acusan entre sí los miembros de una sociedad obligan a la legislación a adecuar su contenido a aquellas.⁵⁰³

Es por eso que el derecho toma en cuenta las diferencias que deben considerarse para regular ciertas situaciones jurídicas. Esto origina la actualización del principio aristotélico que dispone tratar a los iguales de modo igual, y desigualmente a los

499 Rojas, Ariel, Op. Cit. Página 57.

500 Ibidem, Página 58.

501 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías de igualdad, Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, México, 2009, Página 14.

502 Hidalgo, Antonio, Los derechos humanos, Editorial Porrúa, México, 2006, Página 187.

503 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op. Cit. Idem.

desiguales.⁵⁰⁴ Este criterio resulta evidente, por ejemplo, en la administración tributaria, en donde el pago de impuestos es directamente proporcional al ingreso del individuo, sin que esto pueda considerarse un trato desigualitario.

Por lo demás, los fines de la justicia no deben soslayar la igualdad esencial de los hombres, radicada en la dignidad de que todos ellos tienen y por cuya causa se les han reconocido numerosos derechos fundamentales.⁵⁰⁵ En la implementación de la mediación como método para acceder a una justicia pronta y expedita no se puede hacer distinción alguna. Todo individuo tendrá cuenta entonces, con la prerrogativa de acceder a la justicia a través de un método alterno previsto en la Ley.

b) Garantías de libertad

Sin embargo, al vivir en sociedad, el hombre no debe hacer con su voluntad lo que haría si se encontrara aislado. Es importante, a este respecto, tener presente que la correcta marcha de todo conglomerado humano ha de regirse por un principio de orden.⁵⁰⁶ Por tanto, es la idea del orden público una de las limitantes en la implementación de los métodos alternos ya que los derechos del individuo no están por encima de los de la sociedad.

Esto es así, porque en toda organización humana es imperativo que el ejercicio pleno de la libertad de cada cual no sea irrestricto. Permitir la manifestación de una libertad subjetiva total conllevaría a la posibilidad del caos y, en consecuencia, el rompimiento del orden social.⁵⁰⁷ Y no debe perderse de vista que uno de los objetivos de una Constitución es preservar el orden social con el objeto del progreso colectivo del ser humano.

Podemos decir entonces que la libertad es la facultad que, a la luz de los intereses de la sociedad, tiene un individuo para realizar los fines que se ha propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y en aras de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran.⁵⁰⁸ Lo cual no es limitante para la implementación de los métodos alternos como medio de acceder a la justicia, sin embargo, el Estado debe velar por los intereses de la sociedad y dar revisión a los acuerdos obtenidos de manera alternativa.

Esto es así porque la libertad es la capacidad real del sujeto de actuar con el fin de desarrollar sus potencialidades humanas. La libertad que interesa a los derechos humanos es considerada como una cualidad humana cuyo sentido es servir a los fines de la realización de la persona.⁵⁰⁹ Sin embargo, la tutela judicial del Estado debe

504 Ibidem, Página 15.

505 Idem.

506 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías de libertad, Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, México, 2003, Página 15.

507 Ibidem, Página 16.

508 Ibidem, Página 17.

509 Hidalgo, Antonio, Op. Cit. Ibidem.

mantenerse vigente con el objeto de proteger el orden social y jurídico en caso de que se vea afectado ante el ejercicio de la libertad individual.

c) Garantías de seguridad jurídica

Las garantías de seguridad jurídica pretenden que las autoridades del Estado no apliquen arbitrariamente el orden jurídico a los individuos, cuya libertad y dignidad se salvaguarda cuando las autoridades actúan con apego a las leyes, particularmente a las formalidades que deben observarse antes de que a una persona se le prive de sus propiedades o de su libertad.⁵¹⁰

En ese sentido, la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos, como medio para acceder a la justicia, debe ser respetuosa de la ley y contar con formalidades esenciales de procedimiento. Éste debe constar debe disponer de garantías mínimas de seguridad jurídica, tales como el respeto a la previa audiencia y la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación. Se debe dar certeza al gobernado de que al acceder a la justicia de manera alternativa se garantizará el respeto a sus derechos fundamentales.

Los propósitos de las garantías de seguridad jurídica pueden expresarse, de manera sintética, como tendientes al aseguramiento de que en nuestro orden jurídico haya vigencia, justicia y eficacia, para beneficio de todos los gobernados.⁵¹¹ Esto es, la certeza de que los procedimientos judiciales se apegaran a un procedimiento previamente establecido en un marco legal con resultados predecibles y regulados. En este sentido los métodos alternos cumplen con este requisito ya que su procedimiento se encuentra regulado en una norma jurídica previamente establecida.

Los métodos alternos como garantía de acceso a la justicia, deben aplicarse a través de un proceso que salvaguarde la seguridad jurídica del gobernado. Ya que la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico; sin ella no puede haber derecho. La seguridad es el motivo de ser del derecho, y su fin es la realización de valores superiores; por tanto, se deduce que la seguridad también es un valor en el sentido funcional del derecho.⁵¹²

Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos como garantía de acceso a la justicia

Los métodos alternos de solución de conflictos puede ser considerados una garantía de acceso a la justicia si se les compara a éstos métodos con cualquier otra forma heterocompositiva de solución de conflictos. Es decir, el acceso a los tribunales para

510 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías individuales: parte general*, Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, México, 2004, Página 74.

511 Lara, Rodolfo, Op. Cit. Página 157.

512 Izquierdo, Martha, Op. Cit. Página 90.

la administración de justicia se encuentra garantizado por el Estado, y en ese sentido, se le considera garantía del derecho fundamental de acceder a la justicia. Por tanto, al ser los métodos alternos de solución de conflictos un método para acceder a la justicia dispuesto por la constitución, éstos pueden también ser considerados en la misma categoría.

Sin embargo, para justificar una afirmación semejante se debe analizar de manera exhaustiva el artículo 17 de la Constitución Mexicana. En él se consagra un derecho fundamental, que es superior a los medios para conseguirlo, este es, el derecho de libre acceso a la justicia. Además, debe destacarse que la inclusión de los métodos alternos en la Constitución fue adicionada en la regulación de este derecho, lo que nos hace pensar que la intención del legislador fue la creación de un medio adicional a los tribunales para acceder a la justicia.

El artículo 17 de la Constitución mexicana establece los medios por los que el gobernado puede acceder a la justicia. El primero de ellos, a través de los tribunales previamente establecidos, los cuales están obligados a impartir justicia en los términos y plazos previstos por la Ley. El segundo, a través de los métodos alternos de solución de conflictos, los cuales serán prevenidos por la ley, y a los cuales podrá acceder el gobernado que así lo desee.

Además, no se debe perder de vista que, el objeto de los derechos humanos es poner un dique a la acción estatal, en el marco de aplicación de la ley, estableciendo espacio mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que propicien la vida social del ser humano.⁵¹³ En este sentido, el acceso a los métodos alternos resulta una facultad adicional otorgada al gobernado para satisfacer su necesidad de justicia.

Por tanto, podemos considerar a los métodos alternos como un una garantía de acceso a la justicia en virtud de que, tanto la mediación como el proceso judicial, son medios constitucionalmente reconocidos y legítimos para acceder a la justicia. Se debe considerar entonces, al acceso a la justicia como el derecho subjetivo reconocido por nuestra Constitución, y por otro lado, al proceso judicial y la mediación, como las garantías de éste derecho público subjetivo.

Ahora bien, estos medios legítimos para acceder a la justicia no se encuentran fuera de toda regulación. El monopolio de la violencia legítima compete al Estado; sin embargo, esto no significa que estén prohibidas algunas formas de autodefensa para solucionar un conflicto. Estas formas de autodefensa se consideran excepciones y son limitadas, pues están sometidas al control y vigilancia del Estado, ya que de no cumplir con ciertos requisitos pueden convertirse en actos ilícitos.⁵¹⁴

Por tanto, la implementación de los métodos alternos y el proceso judicial deben contar con participación del Estado para la tutela judicial efectiva. No existe distinción alguna, tanto los métodos alternos como el desarrollo de un procedimiento judicial tradicional, como medios para acceder a la justicia, se encuentran sujetos a la revisión Estatal. Esta revisión garantiza el respeto a los derechos fundamentales del

513 Lara, Rodolfo, Op. Cit. Página 63.

514 Izquierdo, Martha, Op. Cit. Página 170.

individuo así como al orden social y jurídico que debe regir en un sistema democrático.

Conclusiones y propuestas

El procedimiento judicial ante los Tribunales previamente establecidos, y la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos, son los dos medios constitucionalmente reconocidos, para acceder a una justicia pronta y expedita en México.

Como todo medio para acceder a la justicia, los métodos alternos de solución de conflictos se encuentran sujetos a la tutela judicial, es decir, a la revisión Estatal en la que se compruebe que los acuerdos obtenidos a través de los métodos alternos son respetuosos de los derechos fundamentales del individuo y del orden público.

Se requiere la homologación de las normas que regulan la aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos, esto es, la creación de una reglamentación del artículo 17 Constitucional, exclusiva para los métodos alternos de solución de conflictos, con el objeto de garantizar que en la implementación de éstos métodos se respete la garantía de seguridad jurídica del gobernado.

Bibliografía

- Burgoa, I. (2011). *Las garantías individuales*. México: Editorial Porrúa.
- Cisneros, G. (2012). *Argumentación y discurso jurídico*. México, D.F.: Editorial Trillas.
- García, E. (2009). Contexto nacional de los métodos alternos para la solución de conflictos. In F. Gorjón, & K. Sáenz, *Mediación y Arbitraje* (pp. 39-50). México: Editorial Porrúa.
- Gorjón, F. (2013). Los intangibles de la mediación. In F. Gorjón, & A. López, *Estado del arte de la mediación* (pp. 149-179). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- Gorjón, F., & López, A. (2013). Estado del arte de la mediación en México. In F. Gorjón, & A. López, *Estado del arte de la mediación* (pp. 27-49). México: Editorial Aranzadi, S.A.
- Hidalgo, A. (2006). *Los derechos humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Izquierdo, M. (2007). *Garantías individuales*. México: Oxford University Press.
- Lara, R. (2007). *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México: Editorial Porrúa.
- Ovalle, J. (2007). *Garantías constitucionales del proceso*. México: Oxford University Press.
- Rojas, A. (2004). *Las garantías individuales en México*. México: Editorial Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2003). *Las garantías de libertad*. México: Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2004). *Las garantías individuales*. México: Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). *Las garantías de igualdad*. México: Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis.

La importancia de analizar el poder dentro de una negociación política

Margarita Evangelina Peña Castillo ⁵¹⁵
Saéñz López, Karla Annett Cynthia ⁵¹⁶

Sumario: 1. Introducción. 2. El Estado como protector de orden público. 3. Antecedentes del poder en México. 4. Análisis de los principales actores en una negociación política a. El poder b. El poder político c. Estado d. Grupos de poder, los medios de comunicación y los grupos de poder. e. Conflicto f. Negociación. 5. La negociación como un método de transformación pacífica de la sociedad. a. Diferentes corrientes sobre negociación. 5.1. Etapas de la negociación a. La comunicación b. Establecer una relación c. Establecer en una mesa los intereses 6. Negociación política, cualidades y diferencias 7. Conclusiones 8. Bibliografía.

Introducción

El presente proyecto tiene como objetivo realizar un estudio sobre el poder y su intervención en una negociación política en México. Ambos conceptos, el poder y la negociación política, resultan temas amplios y de gran importancia dentro de las ciencias sociales puesto que es en este campo donde se percibe su aplicación. Entonces, como bien lo estableció Bertrand Russell, llevar a cabo el análisis de estos conceptos “resulta tan central en ciencias sociales como lo es la energía para la física”⁵¹⁷.

Esto es así, porque menciona Russell que lo más importante del estudio de las ciencias sociales es el poder y que en la sociedad aparece de diferentes formas. Por ejemplo, la relación del empresario y el trabajador, la relación de padre e hijo, el director de una empresa con sus empleados, el rector de una universidad y con los estudiantes, el poder que ejerce el Estado, solo por mencionar algunos.

Esta última clasificación, referente al poder que existe en una relación entre el Estado y los ciudadanos, es objeto de estudio y el tema central del presente trabajo. Se lleva al campo científico, el análisis del conflicto entre el Estado y los ciudadanos, proponiendo como método de solución la negociación política correctamente aplicada.

Además se proponen, como actores principales que intervienen en una negociación política, al Estado y sus ciudadanos, de los cuales se desprenderán una

515Alumna del Programa Doctoral de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad. Licenciada en Derecho. margarita_pena@hotmail.com

516Alumna del Programa Doctoral de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad. Licenciada en Derecho. margarita_pena@hotmail.com

517 Russell, Bernart. “*El panorama de la Ciencia*”. Ed. Lord Crochane. Santiago de Chile, 1988. Pág. 25

serie de actores secundarios, que son: los medios de comunicación, el negociador político y los grupos de presión.

El estado como protector del orden público

Antes de analizar la negociación política, particularmente la que incumbe a la relación entre el Estado y la sociedad, debemos tomar en cuenta las características atribuidas históricamente al Estado. Éste, por naturaleza, es un ente intangible lleno de atribuciones emanadas de la ley, de la cual garantiza su cumplimiento, y por este motivo, se encuentra investido de poder desde su concepción original. Tiene como una de sus principales tareas, salvaguardar la integridad de los ciudadanos y velar por que se cumplan las leyes, manteniendo con ello el orden público y el progreso social.

La sociedad por su parte, se encuentra sometida al orden público impuesto por la Ley a través de su cumplimiento. El interés individual del ciudadano no se encuentra por encima del interés colectivo de la sociedad. Por ello, el Estado hace uso de las facultades otorgadas para garantizar que el interés colectivo prevalezca sobre el interés particular.

Sin embargo, ¿podemos afirmar que el Estado no utiliza éstas facultades al momento de llevar a cabo una negociación política que involucra derechos del ciudadano? ¿Estas facultades, que se traducen en poder, influyen en una negociación política?. A su vez, ¿el ciudadano organizado ejerce un poder fáctico que presiona la decisión Estatal en una negociación política?.

Para dar respuesta a éstas interrogantes se requiere un análisis profundo de la negociación política y de las diversas manifestaciones de poder que aparecen en la misma. Realizar un estudio de los principales actores que intervienen en una negociación política, sus principales características y como éstas afectan el resultado final de la negociación. Con ello, se pretende evidenciar la importancia de analizar el poder que interviene en una negociación política.

Antecedentes del poder en México

Se puede afirmar que encontramos al poder constantemente en nuestra vida cotidiana. Que nos encontramos inmersos en una negociación constante, en donde interviene el poder, todos los días. “Esto es así porque el poder existe desde los inicios de la humanidad, ya que mediante él podemos obtener algo de forma directa o a través de los demás”.⁵¹⁸

Con la constante evolución humana, el ser humano ha refinado el arte de la negociación y el uso del poder. Durante los inicios de la humanidad el hombre primitivo buscaba la supervivencia sobre sus semejantes sin limitación alguna y experimentaba formas de organización primitivas. Al evolucionar, el hombre co-

518 Redorta, Josep. *“El poder y sus conflictos”*. Ed. Paidós. Barcelona 2005. Pág. 22

menzó a organizarse dentro de una sociedad, la cual le brindaba mejores probabilidades de supervivencia.

Con el inicio de la vida social del hombre, encontramos el establecimiento de actores y reglas sobre el uso del poder y la negociación, generalmente relacionadas con aspectos divinos y religiosos. Como uno de los primeros ejemplos históricos, podríamos mencionar a la cultura egipcia, en donde el faraón era un tipo de autoridad - deidad con un poder insuperable. En esta cultura, solo algunos habitantes tenían poder para ejercer sus derechos, como los sacerdotes y algunos miembros de la corte del faraón, mientras que los ciudadanos no contaban con poder alguno.

Como otro ejemplo, podemos mencionar a la cultura romana, quienes establecieron, por primera vez y de manera escrita, una serie de derechos a sus ciudadanos así como las obligaciones de éstos últimos. La organización estatal romana sentó las bases del Estado actual de derecho y el uso del poder legítimo. Nace la Ley como fuente de poder Estatal y obligación del ciudadano a su cabal cumplimiento.

En el caso de México, encontramos las primeras formas de sociedad política en las culturas prehispánicas. El acceso al poder exclusivamente por un grupo reducido de personas, que al igual que en otras culturas, constaba de sacerdotes y gobernantes. Además, se adjudican la cultura de la guerra como principal manera de obtener el poder y solucionar los conflictos políticos.

A partir de la conquista española en el año de 1492 los españoles asentados en la Nueva España lograron imponer ciertas formas de organización estatal, ideologías políticas y religiosas. Convirtieron los territorios donde actualmente se encuentra México en una colonia española donde el poder era ejercido por el rey español a ultramar, con una mera representación política que velaba por sus intereses, consistente en el virrey de la Nueva España.

Éste tipo de organización provocó el descontento de grupos de hijos de españoles nacidos en tierras americanas, denominados criollos, a quienes les era imposible acceder al poder por el solo hecho de no nacer en el continente europeo, lo cual dio inicio a la guerra de independencia que iniciaría en 1810 y terminaría en 1821.

Con la aparición de un México independiente de cualquier país extranjero se iniciaron una serie de conflictos sobre la forma de ejercer el poder y la obtención del mismo. Fue rechazado el intento de auto denominación de emperador por parte Agustín de Iturbide y se implementó un sistema republicano. Con la elección de esta forma de gobierno, se da inicio a una guerra civil entre conservadores y liberales que buscaban obtener el poder político.

Este período, denominado guerra de reforma, se caracterizó por la promulgación de una serie de leyes que cambiaron la estructura social y política del País. Fue separada la Iglesia del Estado, se reformó la hacienda pública y se otorgaron derechos constitucionales a los ciudadanos.

Al finalizar ese período, encontramos una lucha constante entre los grupos dominantes para obtener el poder y ejercer el mismo. Se inició el largo proceso de pacificación política, en donde encontramos una serie de dictaduras políticas

de facto. Una concentración del poder durante el gobierno de Benito Juárez y una dictadura estabilizadora con el gobierno absoluto de Porfirio Díaz.

Como consecuencia lógica del establecimiento de dictaduras, en donde los ciudadanos no podían acceder al poder, se dio inicio en 1910 a la denominada revolución mexicana cuyo principal reclamo era el establecimiento de elecciones democráticas, lo cual fue conseguido al finalizar esta guerra civil.

La creación de un Estado mexicano democrático y formalmente organizado con mecanismos de poder fue lograda al finalizar la revolución mexicana. La creación del partido único proporcionó las bases para aglutinar a los principales actores políticos en México y terminar con las revueltas armadas para obtener el poder.

En esta época se establecieron las bases para organizar al sistema político mexicano, buscando la expresión de todos los actores de poder de la época. El partido único incorporó a sus filas a los sectores del campo, de los obreros y de los caudillos. Logró con el tiempo emancipar por completo a la milicia del poder y creó una democracia civil.

Como se puede apreciar, la lucha por el poder y el papel protagónico del Estado unificador y paternalista, han sido las constantes manifestaciones de la historia de México. Sin embargo, actualmente el Estado mexicano cuenta con una democracia consolidada y una serie de necesidades, políticas y económicas, que ameritan un cambio para progresar como País. En este contexto, una negociación política efectiva, como método para dar solución a los conflictos internos y llevar a cabo las reformas estructurales que necesitan nuestras instituciones, propiciará una transformación pacífica y democrática de nuestro País.

Análisis de los principales actores en una negociación política

Una vez delimitado el contexto de nuestro objeto de estudio, resulta necesario analizar las teorías más generalizadas para fundamentar la existencia de los principales actores de una negociación política. Conceptualizar al poder, y particularmente el poder estatal, para posteriormente proponer actores civiles que cuenten con características que asemejen al poder estatal. Por ello, proponemos como concepto de poder, poder político y principales actores de una negociación política, los siguientes:

a. El poder

Para estudiar el poder que interviene dentro de una negociación política, es fundamental estudiar la esencia de la negociación. Podemos afirmar que en su concepto fundamental “el poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena”⁵¹⁹.

519 Weber, Marx. *“Economía y Sociedad”*. Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pág. 25.

Uno de los objetivos del presente trabajo es el de identificar el poder que ejercen diversos actores que intervienen dentro de la negociación como lo son: el Estado, las partes o ciudadanos, los grupos de presión, la influencia mediática y la presencia de un negociador político, siendo éste último, quien tiene un poder muy particular al de los demás, el poder propositivo que ayudará a la solución del problema.

b. El Poder político

Estudiar el poder político dentro de la esfera del estado incluye a los ciudadanos que viven en ella, pero la posibilidad de coacción estatal excluye cualquier participación del ciudadano, creando un monopolio estatal, donde solo existen los límites de la ley, por lo tanto, el estudio del poder político está encaminado a delimitar la esfera de acción y los actores que intervienen dentro de la misma.

Una idea básica de Maritain “La autoridad y el poder son dos cosas diferentes por ejemplo el poder es la fuerza mediante la cual se puede obligar a otro obedecer y la autoridad es el derecho de dirigir y mandar, de ser oído u obedecido por otro, la autoridad requiere el poder”⁵²⁰.

El poder político es un poder que gobierna, es decir se trata de un poder aceptado por la sociedad, Weber lo define como “una denominación aceptada”, mientras que todo el resto de los poderes que existen en la sociedad son denominaciones impuestas, por lo tanto podemos afirmar que el poder político es perceptible dentro de la sociedad, existiendo dentro de la misma esfera un pequeño grupo de personas la cual también adquiere derechos y obligaciones que es mandar y dirigir mediante la figura de autoridad.

c. Estado

El estudio del Estado es esencial dentro del objetivo de estudios esto quiere decir que desde el punto de vista del individuo, el “Estado es concebido como un mal necesario, ya que, debe entremeterse lo menos posible con la esfera de los individuos”⁵²¹.

Manifiesta Bobbio que el Estado es un mal necesario, considero que la afirmación resulta totalmente acertada, dentro de una organización social, existen diversos grados de poder con respecto sociedad les da la investidura de autoridad, a esa organización de la sociedad se le denomina Estado.

La figura del Estado a su vez se convierte en diversas estructuras, diferentes formas de gobierno y organización, cuando están perfectamente organizadas se forman estructuras de poder, con distintos grados de jerarquía y organización de

520 Maritain, Jaques. “*El hombre y el Estado*”. Ed. Encuentro. Madrid 1983. Pág.122.

521 Bobbio, Norberto. “*Liberalismo y Democracia*” Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2008. Pág. 55.

los cuales cuya extensión y características quedan definidas por la estabilización de un poder en este caso el Estado.

Maquiavelo menciona que “todos los Estados todas las nominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principado”⁵²². Así que el Estado tiene una tarea fundamental en la estructura básica del mismo, es decir es el responsable de dar soluciones a los problemas de los ciudadanos, es importante generar una conciencia de las autoridades que gobiernan para de realizar cambios respecto a las reformas que el Estado demanda, y ponerle especial atención a los problemas que la sociedad en general necesita.

d. Grupos de poder, los medios de comunicación y los grupos de presión

Los grupos de poder, específicamente los medios de comunicación, han cambiado la perspectiva actual de nuestro entorno, antes su participación en la vida de México era nula, ahora es indispensable. El avance de la tecnología provocó el crecimiento de éste nuevo poder, al que también se le denomina poder mediático.

Como bien lo establece Antaki, “la ideología democrática ha cambiado la distribución real de los poderes, y los verdaderos dueños de este nuevo sistema son los medios de comunicación, que no saben diferenciar entre información y espectáculo, ni jerarquizar informaciones”⁵²³, esto demuestra que la estructura del Estado parece ser está siendo superada por el poder mediático, la estructura del Estado ahora se ve alterada por los medios de comunicación.

Con el poder adquirido, los medios de comunicación pueden crear, manipular y repartir arbitrariamente la información que llega al ciudadano, el cual pasa a convertirse de persona informada en materia prima del poder mediático. Los medios de comunicación pasan a convertirse de informadores a mercenarios de la información, con el objetivo de buscar de satisfacer sus intereses económicos. Antaki destaca lo siguiente sobre los medios de comunicación:

“Los medios permanecen necesariamente en el nivel de la retórica encantadora que, con algo de arte, convence a los hombres tanto de una verdad como de su opuesto. Dicha “democratización” de la información está destinada a un grado a crear un pensamiento primario, y es, consecuentemente la puerta abierta a todas las demagogias, el debate público se ha vuelto indigente, la razón de tal pobreza es paradójicamente, la mayor conquista de la modernidad, esto es: la democratización de la información, sabemos más pero nuestro saber es más confiable”⁵²⁴.

Después tenemos a la opinión pública, que abarcará el terreno de la opinión general, el lugar propicio para el surgimiento de las reacciones desmesuradas, estas reacciones pueden ser portavoces de la voluntad popular, sin tomar en cuenta

522 Maquiavelo, Nicolás. “El príncipe”. Ed. Aleph. España, 1999. Pág. 39.

523 Antaki, Ikaram. “El manual del ciudadano contemporáneo” Ed. Planeta Mexicana. México 2000. Pág. 139.

524 Antaki, Ikaram, *op. cit.*, 2000. p. 125.

que una voluntad de la naturaleza, cuando se desborda, pone en peligro todo orden democrático.

Malaret habla en sus textos que “La teoría política sobre los grupos de presión señala que el Estado, como poder político organizado y supremo, establece un orden de la sociedad e impone su voluntad a los demás poderes sociales. Para ello el Estado se vale de las facultades”⁵²⁵, esto quiere decir que los grupos de presión actúan directamente con el objetivo de presionar al Estado para generar un cambio en beneficio de algún fin en específico.

Cuando los medios de comunicación y los grupos de presión intervienen pueden poner en riesgo el orden público del Estado ya que esos factores externos se demuestran con cierta inconsistencia provocan que se manipule la información real.

Esto nos lleva a pensar que dentro de los grupos de poder deben de tomar en cuenta a los medios de comunicación y a los grupos de presión ya que en la actualidad son un gremio predominante con gran peso político dentro de la estructura social.

e. Conflicto:

Al existir jerarquía dentro de la estructura social, existen diversos problemas entre los individuos y las autoridades, estos a su vez están actuando en base a los roles que le confiere el Estado (los diversos actores que intervienen dentro de la negociación), sin embargo no existen canales de comunicación suficientes para poder generar un diálogo permanente entre los mismos aunado a los factores externos como la influencia mediática y los grupos de presión se convierte difícil el diálogo y por lo tanto se genera el conflicto.

En el mundo actual con nuevas tecnologías esta provocan, grandes avances tecnológicos y la necesidad de estar informados estimulan que el conflicto se vuelva complicado por los actores que existen dentro de la negociación que generan un conflicto mayor y con grados de dificultad verdaderamente altos.

El conflicto político es tan común hoy en día como el progreso versátil de la sociedad que lleva a discusión por diversos temas, por mencionar alguno, las reformas del Estado, se generan por la naturaleza diversos conflictos esto quiere decir que es un proceso de transición para llegar a una sociedad versátil y moderna.

f. Negociación:

525 Malaret, Juan. “Negociación en acción”. Ed. Diaz de Santos. España 2011. Pág. 7.

“Con la definición de un modelo establecido de negociación, se pueden crear las bases para todos los problemas que se susciten entre la ciudadanía y sus autoridades, y que originen el descontento de un grupo determinado de la sociedad”⁵²⁶.

Llegamos al tema más importante de nuestro estudio, como lo es la negociación que es el eje fundamental para la armonía entre el Estado y las partes, la importancia de identificar un modelo de negociación efectiva para solucionar los problemas que se presentan dentro del ente estatal.

La negociación tiene dos funciones de solucionar conflictos o apoyar la construcción de con diferentes fines sociales y políticos, es así como el Estado trabaja para apoyar a la ciudadanía para generar el dialogo entre los actores involucrados para la resolución del conflicto.

En la negociación política un papel sobresaliente e importante es el negociador político éste juega un papel muy importante en la vida de las demás, la negociación es un proceso de comunicación entre personas que tienen que tomar una decisión respecto a un tema o cuestión que lo involucra.

Por lo tanto las negociaciones efectivas se basan en el pleno conocimiento, la correcta aplicación de los conceptos, los principios generales de las negociaciones y las habilidades de los actores para llevar la negociación para lograr un acuerdo satisfactorio. Y tomar en cuenta que el conflicto dentro de la negociación juega un papel importante donde el verdadero reto del negociador es descubrir los temas ocultos que pueda tener la otra parte, para así como negociador preparar las estrategias que se llevaran dentro del proceso de la negociación.

La negociación como método de transformación pacífica de la sociedad

El ser humano vive en sociedad esto concibe desde su naturaleza, por tan motivo se generen conflictos, esto nos lleva a la premisa que en algún momento de nuestra vida tenemos que negociar. Esto si se toma en cuenta que, dentro de una sociedad estamos obligados a interactuar con otras personas, que somos diferentes al resto de las personas no hay dos iguales como nosotros y que estamos destinados a estar en interacción constante. Por tanto, la diversidad de ideas y personas nos llevará, de manera intencional o no, a la generación de conflictos, mismos que pueden ser solucionados a través de la negociación.

Ahora bien, para Héctor Guerra “hablar de negociación suele ser sinónimo de resolución de problemas en forma de diálogo. Cualquier necesidad a remediar es, una ocasión para iniciar el proceso negociador. Cada vez que las personas intercambian ideas con la intención de modificar sus relaciones, cada vez que llegan a un acuerdo, están negociando, por ello es que la negociación es considerada como un elemento de la conducta humana”⁵²⁷.

Por lo que, podemos considerar a la negociación como un método de transformación pacífica y de solución de conflictos, porque la sociedad busca solucio-

526 Russell, Bernart. “*El panorama de la Ciencia*”. Ed. Lord Crochane. Santiago de Chile, 1988. Pág. 78.

527 Guerra Conteras, Héctor. “*Negociación y manejo de conflictos*”. Art. Enfoque Disciplinario. México 2005. Pág. 12

nar los problemas lo más pronto posible, y de una manera sencilla. Esto es lo que ofrecen los métodos alternativos de solución de conflictos, y específicamente la negociación.

a. Diferentes corrientes sobre negociación

En el estudio de la negociación hay un número muy importante de opiniones de expertos alrededor del mundo, es por ello que se analizarán algunas de las corrientes teóricas que muestran al lector una idea precisa de lo que es la negociación.

Ernesto Hernandez considera a la negociación como “una situación en la cual dos o más partes interdependientes reconocen divergencias en sus intereses y deciden intentar un acuerdo, de esta forma, las partes desean mantener o continuar la relación de intercambio bajo nuevas condiciones aceptadas, las cuales solo están determinadas cuando se inicia el proceso”⁵²⁸.

Para Herb Cohen “la negociación es un campo de conocimiento y de acción cuyo objetivo es ganarse el favor de una gente de la que usted quiere cosas”⁵²⁹. Esta definición me parece la más sencilla y a la vez la más clara para aplicar en los procesos de negociación. Porque al iniciar un proceso de negociación tenemos a por lo menos dos partes que requieren algo en común.

Según Roger Fisher y Ury William “negociar es una forma básica de conseguir lo que se quiere de otros. Es la comunicación en dos sentidos, destinada a llegar a un acuerdo cuando usted y la otra parte tienen algunos intereses en común y otros opuestos”⁵³⁰. Nos dan una perspectiva como una forma básica del trato humano, el querer conseguir algo, sin embargo hay que tener de por medio los canales de comunicación para dar paso al diálogo y a la expresión de ideas, cuando se llega a este punto se llega a un acuerdo y si los intereses se conjugan se realizan una correcta negociación, tiene que contener el consentimiento de las dos partes antes de llegar a la decisión final.

Así mismo cabe mencionar que la negociación, intervienen varias personas, donde se involucran las capacidades y recursos dentro de ella, el autor Karras lo demuestra en la siguiente cita, “negociar es hacer que el conflicto funcione de manera que las partes invierten todas las capacidades y recursos imaginativos para proporcionar a la otra parte un conjunto de beneficios que ninguno de los dos obtendría si el otro no estuviese presente”⁵³¹;

En base a las diversas corrientes de autores, todos coinciden de alguna manera que la negociación es un universo de opiniones, las posibilidades de los actores que intervienen dentro de un conflicto, mediante el diálogo entre las

528 Hernández Ortiz, Ernesto. *“Interpretación de los modelos de negociación”*. Ed. Refecciones. México, 2007. Pág. 88

529 Cohen, Herb. *“Todo es negociable”* Traducción al inglés de Marcelo Covian, Barcelona 1980, Ed. Planeta. Pág. 14

530 Roger Fisher, Ury William. *“Getting to yes”*. Ed. Randoom House Business Books, 1991. Pág. 101

531 Karras Gary. *“Trato Hecho, como negociar con éxito”*. Ed. Planeta. México, 1985. Pág. 44

partes , se generan una serie de ideas, que se van contrastando y finalmente se llega a un consenso comun entre las partes para llegar ahora si al acuerdo final.

La negociación politica se involucran varias partes y el universo se vuelve mas grande, las ideas son de mayor cantidad, y se llega a un acuerdo cuando los multiples han dialogado y consensado previamente.

Etapas de la negociación

Las etapas de la negociación son los elementos que se tienen que involucrar en el proceso de negociación. Se trata de la manifestación hasta llegar a una mutua comprensión, a través de discusiones sobre los puntos a los que se quiere llegar a un acuerdo, pero la mayor parte de las etapas que se deben de seguir dentro de la negociación se tratan de sentido común, de una lógica en el orden de actuar. A continuación se definen las etapas que debe de contener la negociación.

a. La comunicación

La comunicación entre las partes, en una negociación, las partes se benefician y mantenimiento de un clima de comunicación que sea claro y en dos sentidos. Genera que el proceso sea ágil y con un compromiso personal de entre las partes.

b. Establecer una relación

Una buena relación es aquella en la que las partes trabajan con el fin de desarrollar entendimiento, confianza y respeto mutuo, a pesar de las diferencias. Una negociación produce mejores resultados en la medida en que las partes hayan mejorado su capacidad para trabajar armónicamente y para resolver las diferencias. De acuerdo con lo anterior, es necesario tener en cuenta un elemento, la tolerancia que hay que tener para con el otro durante una negociación.

c. Establecer en la mesa los intereses

El interés es el término que se utiliza para definir lo que alguien quiere o pretende. Detrás de las posiciones de las partes, se encuentran sus necesidades, inquietudes, deseos, esperanzas y temores. Un acuerdo es mejor en la medida que satisfaga los intereses de las partes. Por lo que, una negociación debe centrarse en los intereses y no en las posiciones, pues ello aumenta las posibilidades de obtener un buen resultado.

Después de establecer los canales de comunicación, establecer los intereses y establecer en la mesa los intereses, se pasa al proceso de la negociación es decir se efectúa una correcto canales de canales de comunicación se pasa al proceso de

la negociación. Otras cuestiones que las partes deben acordar antes del inicio de las negociaciones sustantivas, son las de forma, tales como fijar la fecha, lugar, agenda, procedimiento, documentación a utilizar y demás detalles organizacionales.

El negociador hace avanzar la negociación hacia un final favorable. Observa la comunicación verbal y no verbal del otro negociador e invita a su participante a decidirse y efectuar la negociación. El acuerdo, afirma Ury⁵³², que el acuerdo marca el final de una negociación que ha concluido con éxito que cuando se alcanza el acuerdo dentro de una negociación, hay que plasmarlo por escrito para que no quede en un compromiso no verbal.

Negociación política, cualidades y diferencias

Los grupos de poder en México son un elemento importante dentro de esta investigación, y la negociación lleva un papel fundamental dentro de la misma. La política es una actividad, individual o colectiva, de los ciudadanos cuando éstos, intervienen en los asuntos públicos con su opinión, su voto o de cualquier otra forma. Es el juego (interacción) entre los actores político, los cuales tienen distintas posiciones y grados de poder. Por tanto, el actor político es una persona o grupo de personas, en nuestro caso hablamos de organizaciones de la sociedad civil, con poder o influencia sobre el proceso y resultado de la decisión política. El grado de poder del actor está determinada por su capacidad de influencia sobre el proceso de decisión política.

El conflicto es un fenómeno común y universalmente difundido en las relaciones humanas, aparece, cuando alguien o algo obstaculiza nuestro deseo de obtener o lograr un propósito, es decir, cuando existen interés que son contrapuestos al nuestro, por ejemplo, cuando queremos un recurso que es escaso y que otros lo poseen o también lo desean. El concepto de negociación en el marco de un sistema jurídico remite a negociaciones que se refieren a asuntos selectos de la agenda de estado y se relacionan en su totalidad con el Estado. Como mencionamos al principio del capítulo la negociación forma parte de la vida diaria.

La eficacia de los procesos de negociación se basa en el conocimiento, la aplicación de los conceptos, los principios generales de las buenas negociaciones y en las habilidades particulares de los actores en el manejo de las técnicas de negociación para lograr un acuerdo satisfactorio.

En el nivel metodológico para interpretar de manera objetiva los procesos de negociación es posible utilizar categorías propias de la Ciencia Política, tales como, sistema político, grupos de interés, grupos de presión, políticas públicas y procesos de decisión, siempre y cuando, como lo menciona el autor Hernandez "el investigador tenga acceso a la información de calidad y esta se complemente con la elaboración de guías de entrevistas para validar la sistematización de in-

532 Roger Fisher, Ury William, *Op. cit.* p. 6;

formación que es oportuno sean aplicados a los diversos actores involucrados en los procesos de negociación política, económica y social”.⁵³³

En el proceso político, los diferentes procesos de negociación y la forma en que están estructuradas las agendas de trabajo de los diversos actores, para generar una sola agenda de negociación consensuada para que el Estado los escuche y sepa posteriormente operar a través de un orden, para que en un futuro no se vuelva generar los problemas .

Crear mecanismos para la solución de conflictos en este caso la negociación estamos generando políticas públicas correctas para generar un cambio dentro de todos los actores dentro, es importante recalcar que las negociaciones anteriormente planteadas pueden cambiar de acuerdo al tipo de negociación política que exista en el momento determinado. Sin embargo los actores no cambian mucho dentro del proceso de la negociación.

Conclusiones

En conclusión podemos afirmar que es preciso tomar en cuenta a la negociación como uno de los métodos para solucionar conflictos entre el Estado y el ciudadano. Porque las sociedades invariablemente buscarán un cambio y estarán en constante evolución, estos cambios generarán conflictos que deberán ser resueltos. Por lo que, se debe buscar un método que permita una transformación pacífica de la sociedad y dé agilidad a la solución de los conflictos que surjan en la misma

La importancia del estudio del poder en una negociación política es salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Esto es así porque el Estado cuenta con facultades superiores a los de cualquier grupo de presión. Por tanto, para llevar a cabo una efectiva negociación política se debe profundizar en el estudio del poder de cada uno de los actores que intervienen en la misma.

El Estado, los ciudadanos, los medios de comunicación y los grupos de presión son los principales actores que intervienen directa o indirectamente en una negociación política. Todos ellos ejercen alguna clase de poder en el desarrollo de cualquier negociación y tienen relación directa o indirecta con el resultado de la misma. Por ello, son los actores cuyas características deben ser analizadas de manera más detallada para obtener resultados más eficaces en una negociación política.

533 Hernández Ortiz, Ernesto. “Interpretación de los modelos de negociación”. Ed. Refecciones. México, 2007. Pág. 102

Bibliografía

- Antaki , Ikram . 2000. *El manual del ciudadano contemporaneo*. Mexico : Planeta Mexicana, 2000.
- Bobbio , Norberto. 2008. *Liberalismo y democracia* . México : Fondo de Cultura Economica , 2008.
- Cohen , Herb. 1980. *Todo es negociable* . Barcelona : Planeta, 1980. 14.
- Guerra Conteras, Hector . 2005. *Negociación y manejo de conflictos*. México : Enfoque Político y Disciplinario , 2005. pág. 12. 12.
- Hernandez Ortiz, Ernesto. 2007. *Interpretacion de los procesos de negociación*. México : Reflexiones, 2007. págs. 88-89.
- Karras , Garry . 1985. *Trato hecho, como negociar con exito* . Mexico : Planeta , 1985.
- Malaret , Juan. 2011. *Negociación en Acción*. 2da Edición. Buenos Aires : Diaz de Santos , 2011.
- Maquiavelo , Nicolas . 1999. *El Principe* . España : Elalep, 1999.
- Maritain, Jacques. 1983. *El hombre y el Estado* . Madrid : Encuentro , 1983.
- Redorta , Josep . 2005. *El poder y sus conflictos* . Barcelona : Paidos , 2005.
- Roger , Fisher y Ury, William . 1991. *Getting to yes* . Chicago : Random house Businnes Books , 1991.
- Russell, Bernart. 1988. *El panorma de la ciencia*. Santiago de Chile : Lord Crochane, 1988.
- Weber, Marx. 1964. *Economía y Sociedad*. México : Fondo de Cultura Económica , 1964.

Medios alternos en materia electoral

Jorge Carrillo Valdivia⁵³⁴

Sumarios: 1. Introducción; Anclaje Constitucional; Sistemas Normativos Indígenas. Medidas Alternativas de Solución de Conflictos Electorales (Legislación De Oaxaca); Capítulo VI; De a Justicia Intrapartidaria;

Introducción.

El presente, trata de exponer a luz de la reforma constitución de dos mil catorce, la manera en que la tutela de derechos político-electorales se recoge en los órganos jurisdiccionales y administrativo-electorales de forma previa y la que ahora se instruye con la implementación de la Ley General de Partidos Políticos, de donde es menester atesorar que la nueva generación normativa, derogó gran parte del sistema vigente desde el 2008, para especializarse con un nuevo cúmulo de leyes generales como la Ley General de Instituciones y Procedimientos electorales, Ley General de Partidos Políticos y las modificaciones a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, por citar algunas, ya que con ellas se abre una nueva forma para dirimir conflictos —al menos partidarios— que atañe a los medios alternos de solución como una nueva al interior de los organismos políticos, lo que de suyo abre una nueva exigencia para no llegar al litigio partidista, estatal o federal como instrumento para la protección de derechos político-electorales de los militantes.

Key Words. Derechos político-electorales, Democracia interna, Justicia Partidaria, oligarquía.

El estado de derecho, no designa ninguna realidad, sino un ideal, el ideal de las instituciones públicas sometidas a las leyes al igual que los gobernados. El estado de Derecho no ha existido nunca como obra ya dada, y tampoco, jamás, de una vez para siempre. Es una vara de medir ideal de las actuaciones de las instituciones públicas, de las personas que las rigen, respecto del acatamiento de las leyes, excluye que se pueda predicar descriptivamente de ninguno de los Estados existentes. Es un ideal regulativo según la expresión Kantiana que debe guiar la orientación de las normas, instituciones, conductas, interpretaciones y argumentaciones de la autoridad.⁵³⁵

534 Alumno del Doctorado en Derecho Procesal en sede Jalisco en Convenio el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco.

535 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/ens/ens8.pdf> rescatado el 12 de junio de 2014 22:40 hrs.

Anclaje constitucional

Los derechos político-electorales que la carta magna y los tratados internacionales prevén, no tendrían razón de ser si no encuentran una herramienta que logre su eficaz tutela, como lo refiere J. Jesús Orozco Henríquez al citar que *“Ciertamente, la adopción en determinado sistema jurídico de dispositivos y mecanismos que se ajusten a los principios y valores democráticos generalmente compartidos en una comunidad, que permitan la actualización de la justicia electoral en sentido amplio, son factores que previenen el surgimiento de conflictos electorales”*⁵³⁶, es decir, sin la revisión y la posibilidad de control de legalidad y regularidad, pasarían a engrosar el catálogo de normas que solo están en el papel y no pueden materializarse en favor de los ciudadanos.

Esta afirmación, encierra la construcción de un paradigma de mecanismos instituidos con el fin de volver asequible a cualquier persona el respeto y cumplimiento de una prerrogativa político-electoral, situación que se expresa mejor si se analiza desde dos puntos de vista, el primero que concierne a los medios impugnativos jurisdiccionales y administrativos, que resuelven las autoridades locales y federales así como las administrativo-electorales en los mismos niveles y por otra parte, la que atañe a la justicia que al interior de los institutos políticos se implementa, de donde no escapa la democracia interna de estos, pero que no será acogida con la profundidad deseada y solo abordada como un elemento concomitante para la implementación de la justicia ya referida, pues al intentar asumir cargos internos o de representación popular es que se torna necesaria la herramienta de control legal de los actos.

Cabe recordar que la materia electoral es una de las que por su naturaleza evoluciona con un ritmo acelerado, tal vez no tanto como la *computocracia* a que alude Norberto Bobbio cuando irónicamente, se mofa y cataloga como pueril el que los ciudadanos lleven su voto a una computadora y con ello se decida, pues estima, que al tenor de las prolífica creación de normas implicaría estar votándolas diariamente⁵³⁷, pero ciertamente se ve afectada por esta vorágine en relación con otras normativas, ya que en la que hasta ese momento era la ulterior gran reforma electoral aconteció en 2008 y que como ejes rectores modificó aspectos sustanciales del sistema electoral mexicano.

“Bástenos mencionar la forma de integración de los órganos de dirección del IFE y del Tribunal, la estructura interna del instituto, el modelo de comunicación política, el financiamiento a los partidos políticos, el proceso electoral, el recuento de votos y la calificación de la elección presidencial, con la posibilidad de anularla⁵³⁸, y ahora unos años después, sufre una nueva reforma que bien podría definirse no solo por las

536 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/ens/ens8.pdf> rescatado 12 de junio de 2014 00:22 hrs. Pág. 40.

537 BOBBIO Norberto, *El futuro de la democracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1ª. Edición al Español, México 1986, Pág. 20.

538 SANTIAGO CASTILLO Javier, *Conflicto Político y democratización 1987-2009*, Editorial TEPEJ, México D.F., 2011 Pág. 64

derogaciones hechas sino por la inclusión de controles, pues suma leyes generales para los partidos políticos, instituciones y procedimientos electorales, delitos y de participación ciudadana por citar algunas, que bien vale la pena resaltar, son producto de la interpretación de las últimas elecciones (presión partidaria) y del trabajo que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en concomitancia con la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacen sobre la materia”.

En el mismo hilo, cabe destacar que las reformas en esta particular materia, casi siempre guardan relación con el efecto que se produce entre el partido vencedor y la oposición, que de una forma sirve de contramedida para atemperar el poder del vencedor, sin embargo este modelo no siempre es el ideal y podría degenerar, según refiere Jaime Cárdenas Gracia, puede causarse un retroceso, “El sistema de pesos y contra pesos ha conducido a una guerra armada y perpetua entre las distintas ramas del poder, carece de ímpetu deliberativo, produce opacidad y en los sistemas presidenciales, de manera más acusada que en los parlamentarios, sabemos que cuando una Cámara del Congreso de cierta tendencia política, diferente de la otra Cámara, o cuando el Congreso es de un color y el Ejecutivo es de otro, o cuando el legislativo es progresista y el judicial conservador, se producirán tensiones entre las ramas del poder, que generan o la guerra armada entre ellas o el congelamiento y parálisis institucional.⁵³⁹” Es decir, pese a que la configuración de las cámaras debiera propalar el sano contraste deliberativo, no necesariamente acaece esto y no se estaría lejos del efecto contrario.

Acorde con esto, no debo omitir que uno de los incentivos que provocan estas constantes reformas se traducen en la voluntad de los partidos políticos —sobre todo los opositores— que al no haber obtenido los escaños deseados, invocan en sus iniciativas legales los remiendos legales y constitucionales que consideran necesarias para evitar la reiteración de conductas que estiman les irrogan perjuicio, un ejemplo solamente ilustrativo, tiene que ver con la modificación a las causales de nulidad de elección, pues ahora al existir una fiscalización en tiempo real el exceder de los topes de campaña puede anular una elección, situación que previamente era casi imposible de lograr a través de ese derrotero, puesto que mucho tiempo de pasada la jornada se daban los resultados y posteriores sanciones, así tenemos casos emblemáticos como las elecciones presidenciales de la presidencia de dos mil a la fecha, que se vieron denunciadas por esta causa, pero no sancionadas en tiempo ni con la intención propuesta por los partidos, ya que a la postre no se alteró el resultado de la jornada.

Así las cosas y aproximándonos a la nueva alternativa de resolver los conflictos intrapartidarios, debe decirse que el anterior sistema de medios de impugnación en materia electoral, no contemplaba la solución de conflicto diversa a la adversarial, sino que la circunscribía a los medios intrapartidarios, locales y extraordinario federales, empero, no exigía de forma ineludible la implementación de procesos alternati-

539 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/ens/ens8.pdf> rescatado 12 de junio de 2014 00:22 hrs.

vos, lo que nos lleva a que cuando un militante no tiene la posibilidad de aspirar a un cargo dentro de su agrupación o incluso de elección popular, debía acudir previo agotamiento de los procedimientos internos a la justicia local y en ulterior instancia —al menos ordinariamente, salvo cuando por razones justificadas lo hiciera vía *per saltum*— a la federal a través el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

En este sentido, la democracia interna partidaria comienza a ser un elemento que se interrelaciona con los derechos político-electorales, pues las aspiraciones de los ciudadanos que integran un partido, no siempre se allana como se desea, tal vez no llevadas al extremo que refiere Bobbio al citar a Karl Popper en el aforismo “lo que esencialmente distingue a un gobierno democrático de uno no democrático, es que el primero los ciudadanos se pueden deshacer de sus gobiernos sin derramamiento de sangre”⁵⁴⁰ máxime si ella reviste importancia en la correlativa nacional, “La democracia interna es una de las cuestiones determinantes para la vida democrática, no exclusivamente de los propios partidos, sino de un país. Tal democracia va más allá de la que se practica al nivel de las instituciones y los órganos del Estado: pretende configurar una democracia integral que se verifique en el aparato estatal pero también en el plano de la sociedad y de sus organizaciones, por lo menos en las más relevantes como los mismos partidos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, etc. Para calibrar la democracia interna es preciso considerar al menos cuatro elementos: el nivel de respeto y garantía de los derechos fundamentales dentro del partido; la organización y los procedimientos internos: las corrientes en el seno de la organización y los órganos de control de su vida interna.”⁵⁴¹

Esto nos reencauza de nuevo a la definición no solo semántica sin del concepto que engloba, misma que analizada desde una perspectiva como la que sugiere, María del Pilar Hernández, “la constituyen el conjunto de mecanismos jurídicos y medidas políticas dirigidas a garantizar que la selección de sus dirigentes, así como de los candidatos a puestos de elección popular, sea el resultado de la voluntad mayoritaria de las bases del partido y no la imposición de las elites políticas o economías. De igual manera, la actividad interna de un partido sólo será considerada como democrática cuando se tutelen los derechos fundamentales de los militantes del partido, mediante la existencia de un control constitucional y legalidad sobre la vida interna de los partidos”⁵⁴²,

En particular, esta definición es interesantes por la amplitud de supuestos que incluye, ya que refiere mecanismos jurídicos, medidas políticas, la voluntad de la mayoría y un aspecto particularmente interesante, la imposición de elites políticas o económicas, todo en la medida que se garanticen los derechos fundamentales del militante, situación que también es concurrente con los principios que toralmente

540 BOBBIO Norberto, *El futuro de la democracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1ª. Edición al español, México 1986, Pág. 31

541 http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/partidos_politicos_y_democracia.htm#64 rescatado el 12 de junio de 2014 a las 22:45 hrs.

542 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/347/10.pdf> pág. 135

establece Leonel Castillo González al referir que “Los elementos para una definición mínima de democracia interna de los partidos políticos, pueden agruparse en dos categorías generales: a) Elementos relacionados con el aspecto organizativo, es decir aquellos que determinan cómo se estructuran internamente los partidos, cuál es el proceso de gestación de las decisiones y qué papel tienen los afiliados en ese ámbito, b) Elementos concernientes al respeto de los derechos fundamentales de los afiliados en el interior del partido”.⁵⁴³

Así, la concepción de una democracia al interior de partido no es un modelo simple de construir y mucho menos de operar, ya que la gran cantidad de fuerzas que inciden al interior de las instituciones parecen oponer resistencia a la tutela de los derechos fundamentales de los militantes, situación que resulta contraria a la concepción de apertura de este tipo de paradigmas, “En México estamos obligados a abrir los partidos y a las agrupaciones políticas a la sociedad para que éstos no se constituyan en oligarquías cerradas, sin debate interno y con decisiones cupulares. Los partidos en una sociedad democrática son los vehículos de la participación, coadyuvan en la integración de los órganos del Estado, pero que pasa cuando esos instrumentos privilegiados se oligarquizan y rigidizan. Se trasforman, sin lugar a dudas, en los peores enemigos de la democracia, en la bestia negra de la política.⁵⁴⁴” Es decir, el sistema partidario dentro de las fronteras que delimitan la democracia debe estar encaminado a servir a los que lo integran para volverse un instrumento que permita el acceso al poder público, debiendo caracterizarse por la transparencia en la ejecución de su fines, así como el establecimiento de recurso que puedan oponerse a una medida determinada, empero, según se puede advertir existen poderes de facto y jure que no necesariamente buscan estos objetivos en común, pues bien valdría la pena pensar en los grupos de poder que no están dispuestos a ceder sus canonjías al interior de los institutos políticos o como lo evidencia Kant en el apéndice de la paz perpetua, “el principio fundamental según el cual todas las acciones referentes al derecho de otros hombres cuya máxima no puede ser publicada, son injustas.”

Lo anterior, me lleva a recordar la postura que refiere Maria del Pilar Hernandez sobre Robert Michel y su *Ley de hierro de las oligarquías*⁵⁴⁵, “Todos los partidos en su quehacer cotidiano simulan un apego a los principios democráticos, sin embargo, en la realidad y a su interior son una constante las tendencias oligárquicas, entendidas como la primacía y la dominación de los dirigentes de los partidos sobre el conjunto de la organización.” Esta posición, parece ser inmanente a la función partidista, donde pequeños grupos de militantes se turnan las dirigencias de cuando en cuando y en el momento en que alguno de los que cohabitan fuera de este minisistema lo desea, se ve apabullado con los mecanismos democráticos de selección de dirigentes o candidatos —tendenciosos— lo que conlleva el ejercicio de acciones de

543 CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, Los Derechos de la militancia partidista y la jurisdicción, Editorial TEPJF, México D.F., 2004, pág. 38

544 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/ens/ens8.pdf> rescatado el 12 de junio de 2014 a las 22:40 hrs.

545 MICHEL Robert, Los partidos políticos 2, Amorrortu Editores, Argentina, 1996. Pág. 164

tutela de derechos, pero que en este momento solo conviene anunciar pues serán abordados en posteriores líneas..

En la misma tesitura, refiere Miguel González Madrid al citar a Eduardo Foruria, “en el contexto europeo la democratización interna de los partidos políticos es un requisito ineludible para el correcto funcionamiento de los sistemas políticos y no solo un elemento determinado por las constituciones democráticas. Esa expectativa —y necesidad— puesta en la potencialidad del modelo asociativo de los partidos, que se traduce en la conducción y organización de la pluralidad, en la participación y representación política dentro del marco democrático, no sólo incide en el régimen interno del partido, sino en el conjunto de las instituciones políticas. De aquí la necesidad de seguir profundizando en la democratización interna de los partidos y en la plena vigencia en el interior de los mismos de los derechos constitucionales de sus afiliados, ya que constituyen el momento inicial del proceso de participación política democrática.⁵⁴⁶”

Tampoco se espera que dentro de los partidos existan súper juzgadores como el que Ronald Dworkin ejemplifica con la efigie de Hércules⁵⁴⁷, sino más bien se debe exigir la existencia de herramientas al alcance de los militantes para garantizar la preservación de derechos.

Luego, la exigencia de la participación de los afiliados en el proceso interno de toma de decisiones tiene como objeto que estas emanen de un proceso que vaya de abajo hacia arriba, es decir, de las bases del partido a los órganos dirigentes, y no al revés.⁵⁴⁸ Situación que estimo se puede apreciar mejor si se toma en cuenta, lo que cita Jaime Cárdenas Gracia, considerado uno de los pioneros en el estudio democracia interna de los partidos, que expone un catálogo de lo que él llama “elementos que permitirían a un partido tener una organización y procedimientos democráticos:

Primacía de los actos asamblearios tomados por mayoría, lo que presupone la formación de una voluntad de abajo hacia arriba.

El órgano ejecutivo debe estar conformado por una dirección colegiada, "en donde ninguno de sus miembros tenga una preponderancia especial. La personalidad dirigente, en todo caso, no debe contar con atribuciones exclusivas" (Cárdenas 1992,237).

"La composición de la asamblea general no debe quedar sujeta a la decisión de los órganos ejecutivos del partido, sino que de antemano es conveniente que esté fijada en los estatutos detallándose con mucha precisión este importante punto" (Cárdenas 1992,237). En la formación de la voluntad intrapartidaria, el derecho de voto y de propuesta debe ser iguales para cada miembro. Deben imperar las libertades civiles, en especial la de expresión y el derecho a la información, sobre todos los asuntos internos del partido.

546 GONZÁLEZ MADRID, Miguel, Democracia y justicia intrapartidaria. Medios de Control Interno en los partidos políticos, Editorial TEPJF, México D.F., 2011 pág. 7 y 8

547 DWORKIN, RONALD, El imperio de la justicia, Editorial Gedisa, España 2012 Segunda Edición Pág. 238-239

548 CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, Los Derechos de la militancia partidista y la jurisdicción, Editorial TEPJF, México D.F., 2004, pág. 39

La posición jurídica de los miembros debe estar reglamentada en los estatutos, con base en la igualdad de derechos. La revocación de dirigentes y los procedimientos de iniciativa de minorías se deben establecer estatutariamente. Las solicitudes de afiliación no deben rechazarse sin fundamentación.

No se debe admitir la afiliación colectiva ni la privilegiada. Toda medida de sanción o expulsión debe estar tipificada en los estatutos, ser determinada por órganos neutrales e imparciales y seguir un proceso que respete las garantías constitucionales.

Los órganos y sus responsabilidades; el acceso a los cargos de dirección y organización y la periodicidad de su renovación; la distribución de las atribuciones intrapartidarias y la articulación político-territorial entre los órganos deben quedar establecidos con claridad en los estatutos. La selección de candidatos para ocupar cargos de elección popular y dentro del partido debe sujetarse a procedimientos estatutarios y a decisiones asamblearias que respeten los derechos y garantías de los afiliados determinados constitucionalmente. De todo ello tiene que dejarse constancia en acta, con las formalidades legales respectivas.

Respecto a los ingresos financieros o económicos de un partido, deben establecerse reglas de transparencia y rendición de cuentas y la posibilidad de que cualquier afiliado tenga acceso a la información para hacer observaciones o comentarios. Asimismo, en todos los donativos debe exigirse que se mantenga un registro del nombre de los donantes, de su domicilio y del monto efectuado. El mandato imperativo y el correspondiente régimen sancionatorio deben ser desterrados de los estatutos. Las medidas disciplinarias o la aplicación de sanciones deben proceder sólo para cada caso individual. "La existencia de tendencias organizadas al interior del partido debe quedar garantizada en los estatutos" (Cárdenas 1992,219).

Los estatutos deben establecer órganos de justicia (neutrales e imparciales), de los que no han de formar parte los miembros de los órganos directivos, y advertir que cualquier acto o resolución intrapartidario —en todas sus escalas— está sujeto a control jurisdiccional.

En cuanto al último punto, es decir, en el caso del control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos y de las disposiciones complementarias de las coaliciones partidarias, y conforme a las vías de acción previstas en el sistema de medios de impugnación en materia electoral, la tesis de jurisprudencia S3ELJ 55/2002 establece las siguientes hipótesis, previendo que "en todos los casos deben cumplirse los requisitos que fija la ley, en cuanto a los presupuestos procesales, los requisitos de procedibilidad y admisibilidad, especialmente de legitimación e interés jurídico"⁵⁴⁹:

Acorde a lo dispuesto, un apartado que reviste mayor importancia para el estudio, es precisamente el que atañe a la justicia que se efectúa al interior de los partidos políticos, de donde resalta, el hecho de que esta de una forma u otra

549 GONZÁLEZ MADRID, Miguel, Democracia y justicia intrapartidaria. Medios de Control Interno en los partidos políticos, Editorial TEPJF, México D.F., 2011 pág. 74-76.

se ha juridificado, o como lo reitera Miguel González Madrid, “Establecer procedimientos y reglas de justicia intrapartidaria permite tener un control preventivo de los actos partidarios, en un régimen que promueve la participación de los afiliados para hacer efectivos sus derechos consagrados constitucionalmente y posibilitar así la imposición de sanciones. Es decir, la anticipación de la garantía de los derechos político-electorales supone un extenso proceso que no se limita a hacerlos valer, sino que incluso destaca previamente su nula promoción y, *ex post*, ofrece condiciones para restaurarlos. Este trayecto está ordenado, en primer lugar, por la previsión legal (o constitucional) consistente en que los partidos se convierten en promotores de la formación de una cultura democrática; hay, en segundo lugar, un anclaje estatutario de los mecanismos procesales para defender esos derechos (de los afiliados, pero también de los correspondientes candidatos y aun de los simpatizantes).”⁵⁵⁰

No quiero dejar de alegar que las contrafuerzas que al interior de los partidos ejercen su poder, lo hacen considerando una gran cantidad de intereses, tal vez no aquellos que John Rawls hace para alcanzar la el objeto de la justicia⁵⁵¹, pero si los que garanticen la estadía en el poder.

No obstante el disertó previo y las opiniones de los diversos autores, debe decirse, que sin bien la democracia partidaria encuentra fuerzas que luchan para evitar que se consagre, la determinancia de los medios de impugnación resultan la contramedida para reencauzar, pues dentro del sistema de medios de impugnación en materia electoral, el control que se ejerce a través de los órganos partidarios, estatales y de ulterior nivel, los partidos políticos “están dotados de atribuciones suficientes para lleva a cabo una función equivalente a la jurisdicción, y satisfacer así las exigencias del partido democrático en su vida interna, que bien organizada y ejercida, se encuentra en aptitud de resolver satisfactoria y adecuadamente la generalidad de los conflictos internos mediante un proceso auto-compositivo, sin necesidad de que sus militantes se vean en la necesidad de ocurrir a los órganos jurisdiccionales del estado, pero a la vez la función jurisdiccional se mantiene abierta e incólume para los caos en que subsista el conflicto después de agotadas las instancias partidistas, en que estas no existan o en que sean claramente insuficientes.”⁵⁵²

Ergo, la pretensión previa, asumo deja en claro, que los institutos políticos se encuentran en el supuesto de ejercer controles al interior de su normativa, situación que bien se conoce como autodeterminación y autorregulación, lo cierto es que estos dos epítetos conllevan una gran carga de atribuciones, también lo es que de forma alguna son inderrotable u omnímodos⁵⁵³, pues es bien sabido que los partidos, deben conducirse con apego a lo establecido en la norma, pues “los partidos no es-

550 GONZÁLEZ MADRID, Miguel, Democracia y justicia intrapartidaria. Medios de Control Interno en los partidos políticos, Editorial TEPJF, México D.F., 2011 pág. 26

551 RAWLS, JOHN, Teoría de la justicia, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2012, novena edición, pág. 20-21

552 CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, Los Derechos de la militancia partidista y la jurisdicción, Editorial TEPJF, México D.F., 2004, pág. 153-154

553 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2879> pág. 1

tán facultados para limitar los derechos fundamentales en sus estatutos, es decir, para reducir su alcance, preferir una inclusión selectiva o incluso inventar nuevos derechos, sino solo para crear las reglas y los procedimientos internos que permitan la realización de todos esos derechos constitucionalizados, en los términos predefinidos por el Constituyente federal.”⁵⁵⁴

Se afirma lo anterior, toda vez que con independencia de la facultad de auto-normarse, los medios de control de constitucionalidad y legalidad estatales y federales, delimitan esta atribución.

En la misma tesitura, conviene reiterar, que con el nuevo modelo de control partidario que ejercer la Ley General de Partidos Políticos, se perfila de manera concreta la forma en que los órganos y autoridades partidistas deberán integrarse para la tutela de los derechos de la militancia, empero, no debemos tomar esta medida como la panacea que logre la eficacia y la certeza respecto a la salvaguarda de los derechos de cada uno de los que forman cada instituto político, pues si bien se hacen presunciones y se exigen formas, estas no escapan a las fuerzas ordenadoras de cada organismo político, de ahí que el solo hecho de imaginar que la creación o judicialización del proceder partidario garantizará la supremacía de los derechos político-electorales en automático, es una falacia argumentativa, máxime cuando técnicamente lo único que se hizo, fue una compilación de preceptos que obraban dispersos en el anterior Código Electoral y la ley adjetiva.

En efecto, la tendencia judicializadora de la función partidaria, que ahora se refleja en la ley partidaria, parece ser un tema de adecuación a nivel constitucional, pues la exigencia ya se había planteado desde el año dos mil ocho con la reforma al artículo 17.

No obstante, esta adecuación a mi parecer llega un poco tarde, pues si acogemos que el artículo 17 de la carta magna, desde dos mil ocho, preveía la implementación de estas alternativas, y no es hasta el año dos mil catorce que se incluye, por tanto se ha privado de herramientas para solventar sus controversias.

En la misma línea argumentativa, según se sostuvo en el dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de once de diciembre de dos mil siete y de las relativas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos de la Revisora de trece de diciembre de dos mil siete, se adujo:

“...La evolución progresiva de los derechos humanos ha derivado en la conclusión de que la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los mismos no se limita únicamente a una cuestión formal, sino que además impone la obligación al Estado de proporcionar todos los medios necesarios para que el sujeto de dichos derechos pueda hacerlos efectivos. Esta conclusión tiene su origen en el sistema interamericano que nos rige, específicamente en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se fija el compromiso de los Estados Partes res-

554 GONZÁLEZ MADRID, Miguel, Democracia y justicia intrapartidaria. Medios de Control Interno en los partidos políticos, Editorial TEPJF, México D.F., 2011 pág. 19

pecto de la aplicación de dicho instrumento internacional. Es decir, se trata de la obligación del Estado de garantizar, como señaló puntualmente hace ya 30 años el notable jurista italiano Mauro Cappelletti, el acceso efectivo a la justicia. Hoy más que nunca, la concepción de Cappelletti cobra vigencia, pues mientras las elites políticas, sociales o económicas poseen múltiples canales informales para

Solucionar problemas relacionados con el ejercicio de sus derechos, sin tener que acudir a los mecanismos institucionales de justicia; los más desprotegidos económicamente se encuentran en franca minusvalía ante muchas de las entidades públicas o privadas con las que interactúan.

Por ello, el acceso a la justicia debe servir para compensar esta desigualdad y asegurar la vigencia de los derechos y la legalidad, incluyendo la actuación de las instituciones encargadas de proporcionarla.

En el texto que se propone del artículo 17, se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho...”⁵⁵⁵

De lo trasunto, se puede inferir que un elemento medular de la reforma se fincó en el cambio de paradigma de la justicia restaurativa, la mayor participación y responsabilidad de las partes, pero además descargar los sistemas judiciales que inmersos en una justicia que confronta, se ven sobrepasados y aleja el principio de rapidez que deber pondera en la impartición de justicia.

Acorde con lo sustentado, el modelo que ahora propone la Ley General de Partidos Políticos, establece dejar de lado el sistema —superado— de contrapartes que según sostiene Ma. Macarita Elizondo Gasperín al reseñar a la Comisión de las Comunidades Europeas, “el modelo de resolución de conflictos basado en jueces técnicos, semiautomatas, sometidos a un reglamentismo legal exacerbado que ha absorbido toda la capacidad de los ciudadanos de negociar sus propios intereses, no es fácil ni útil para los nuevos litigios surgidos de un sistema de relaciones sociales en parte, desconocida”⁵⁵⁶

Es decir, la nueva configuración implica no solo beneficios del tipo procedimental, sino además torna la solución a los que participan del diferendo, situación que además percibe perfectamente Ma. Macarita Elizondo Gasperín al citar a Michelé Guillaume-Hofnung “Estos métodos alternativos de resolución de conflictos se caracteri-

555 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/5/ens/ens11.pdf> pág. 117-118

556 Ídem pág. 115

zan por facilitar una “modalidad de construcción y de gestión de la vida social gracias a la inmisión de un tercero neutral, independiente y sin otro poder que la autoridad reconocida por las partes, quienes lo habrán elegido o reconocido libremente. Cualquier intento de modernización de la justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías, está avocado al fracaso.”

Por otra parte, parece ser un hecho la necesidad de no olvidar a la materia electoral en la inclusión de este tipo de reformas vivificantes de los sistemas, que visto desde el punto de vista de que la justicia pronta y expedita es un derecho fundamental, no debiera imponerse atadura alguna para lograr su potenciación y, sí en todo caso, los medios alternos pueden ser una válvula que logre liberar presión al sistema, bien vale la pena su implementación,

Esta concepción, no resulta de un caso fortuito, pues a nivel internacional la experiencia se observa en diversos países cuya vida política no es tan tranquila como la que en este país se goza, “Desde entonces, los mecanismos de RACE han sido amplia y efectivamente utilizados en la mayoría de los países post-conflicto, entre ellos Afganistán, Indonesia, Malawi, Mozambique y la República Democrática del Congo, además de Sudáfrica. En estos casos, métodos como la negociación y el arbitraje han sido ampliamente utilizados para el manejo de disputas electorales mediante la asignación de funciones y facultades de adjudicación a estructuras de base cívica. Tales estructuras estaban facultadas para arbitrar y emitir decisiones de carácter vinculante para las partes en conflicto. Estos comités de mediación y arbitraje se establecieron con el auspicio del OAE en los ámbitos nacional, provincial y municipal, sirvieron como el primer puerto para abordar conflictos electorales y contribuyeron a aliviar la presión sobre los tribunales formalmente establecidos. Países como Ghana y Botswana, a menudo citados como democracias modelo en África, utilizan comités de enlace con los partidos y otras estructuras de base comunitaria para apoyar a los OAE en sus esfuerzos para promover la transparencia y la credibilidad en las elecciones a través de la mediación, gestión, y resolución efectiva de conflictos.”⁵⁵⁷

En el mismo orden de ideas, se afirma por la propia IDEA, que hay países con una gran experiencia en esta materia, citando a Afganistán, Camboya, Etiopía, Kenia, Lesoto, Malawi y México, para ciertas elecciones locales en comunidades indígenas o étnicas regidas por el régimen de usos y costumbres, Samoa, Sudáfrica, Uganda.

Ahora, retomando el hecho de que México se encuentre dentro de los países que contempla las medidas alternas para resolver conflictos al menos en el orden de las comunidades indígenas, es menester informar que con fecha veintiocho de mayo del año en curso la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobó la jurisprudencia 11/2014 que refiere:

Sistemas Normativos Indígenas. Medidas alternativas de solución de conflictos electorales (Legislación de Oaxaca)

557 http://www.idea.int/publications/electoral_justice/upload/ej_spanish_cap_8.pdf Pág. 195-196.

De lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6 y 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; 3, 4 y 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; 16 y 25, apartado A, fracción II, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; 255, párrafos 2 y 6, 264, párrafo 2, 265 y 266 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de Oaxaca, así como 76 y 79 de la Ley Orgánica Municipal de ese Estado, se concluye que, con el fin de alcanzar acuerdos que solucionen de manera integral las diferencias respecto de las reglas y procedimientos aplicables para la elección de autoridades de pueblos indígenas cuando existan escenarios de conflicto que puedan tener un impacto social o cultural para los integrantes de la comunidad, derivados de elecciones regidas por sistemas normativos indígenas, previamente a la emisión de una resolución por parte de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, *se deben privilegiar medidas específicas y alternativas de solución de conflictos al interior de las comunidades, de ser el caso, las previstas en la propia legislación estatal, mediante los procedimientos e instituciones que se consideren adecuados y válidos comunitariamente; lo anterior contribuye a garantizar el pleno respeto a su autonomía, así como el derecho que tienen a elegir a sus propias autoridades en el ejercicio de su libre determinación, al propiciar la participación de los miembros de la comunidad y de las autoridades en la solución de la controversia, de una manera alternativa a la concepción tradicional de la jurisdicción, sin que estas formas alternativas puedan contravenir preceptos y principios constitucionales y convencionales.*

De la transcripción previa, pude inferirse que dentro del contexto social y cultural pero sobre todo de control jurisdiccional, los sistemas alternos previstas en la normativa indígena se encuentran no solo debidamente reconocidos, sino tutelados vía jurisprudencia.

En fin, la materialización de una solución a diferendos a través de mecanismos alternos, es una herramienta que puede llegar a ser extremadamente útil en la medida que sea debidamente aplicada, obrando como instrumento que evite acudir a instancia de tipo jurisdiccional propalando la expedites de la justicia.

Así, la ley especializada en partidos políticos, recogió esta inquietud y justificó la necesidad de implementar esta medida dentro de la jurisdicción partidista pues en su arábigo 46.3 quedó establecido lo siguiente:

Capítulo VI

De la Justicia Intrapartidaria

Artículo 46

...

3. Los estatutos de los partidos políticos establecerán medios alternativos de solución de controversias sobre asuntos internos, para lo cual deberán prever los supuestos en los que serán procedentes, la sujeción voluntaria, los plazos y las formalidades del procedimiento.

No obstante esto, debe destacarse que la construcción del precepto parece no ser acorde con las metas que los medios de control tienen impuestas, a saber:

1. La primera hipótesis, su procedencia se concentra en los asuntos internos, lo que implica que no serán universales en su aplicación, sino que estarán acotados según se proscriba posteriormente.
2. Se establece la sujeción voluntaria, lo que también trae como consecuencia que no sean de obligatorio agotamiento.
3. Las directrices no abarcan hasta el momento la justicia local o federal.

Estas apreciaciones, llevan a pensar que la inclusión de los medios alternos de solución de conflictos, no necesariamente se está haciendo con un enfoque amplio, sino más bien reservado, lo que de suyo lleva a pensar si en el contexto de la justicia electoral que es tan ágil y cambiante, pero sobre todo inmediata por la preclusión de sus etapas y la irreparabilidad que implica, podría ser utilizada como medio idóneo para dirimir controversias.

Preparación e implementación del juicio arbitral en baja california

Arnulfo Sánchez García⁵⁵⁸

Cristina Mariana Lizaola Pinales⁵⁵⁹

Sumario: 1. Introducción; 2. Nombramiento del árbitro en el Estado de Baja California; 2.1. Naturaleza del procedimiento de nombramiento de árbitro; 2.1.2 Nombramiento judicial a falta de acuerdo; 2.1.3 Obligación de acudir al nombramiento judicial del árbitro; 2.2. Sustitución del árbitro en el Estado de Baja California; 2.3. Derivación judicial al arbitraje; 3. El juicio arbitral; 3.1. La arbitrabilidad de la materia; 3.1.2 Pacto arbitral posterior a la sentencia; 3.1.3 La forma del acuerdo arbitral; 3.1.4 Requisitos para el otorgamiento del compromiso arbitral. 4. Referencias.

Introducción

Los árbitros son la pieza operativa donde descansa la institución arbitral, pues sin ellos sería difícil concebir un modelo de justicia heterocompositiva equivalente al método tradicional. En ocasiones la intervención de la autoridad judicial se hace necesaria para el nombramiento de árbitro en distintos supuestos, a mencionar; cuando las partes no previeron en la cláusula compromisoria el mecanismo para el nombramiento de los árbitros y no logran la designación espontánea o, ante la presencia de un pacto arbitral, cuando éstas no alcanzan un acuerdo sobre el nombramiento del árbitro único, así como en aquellos casos donde una de las partes es omisa en nombrar árbitro, o los dos árbitros ya nombrados son incapaces de llegar a un acuerdo para la designación del tercero⁵⁶⁰.

558 Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogado. Subdirector de Investigación de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI I). Secretario General de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. arnulfo.sanchezg@uanl.mx, arnulfosanchezgarcia@hotmail.com

559 Doctoranda del Programa de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría con Orientación en Derecho de Amparo y Licenciatura en Derecho por la misma institución académica. Secretario proyectista de la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León. lizaola@gmail.com

560 Cfr. MACCHIA, Valeria, "Arbitraje internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencia", en HIERRO, Antonio y CONEJERO, Cristian, El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencia, 2ª Ed., Wolter Kluwer, Madrid, 2012. p. 126.

En la *praxis*, la falta en la designación del árbitro constituye un impedimento, más bien dilatorio, para que tenga lugar el arbitraje⁵⁶¹. Lo cual justifica que la solución al problema deba ser aportada por un juez, como garante de la voluntad de las partes en vías de preparar instrumentalmente el juicio arbitral. Así, la autoridad judicial es quien tradicionalmente se ha encargado de ello, encontrándose su trámite previsto por los diversos códigos de procedimientos civiles de cada Entidad Federativa de la República Mexicana, así como en el Código de Comercio (C.Com), éste último basado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁵⁶² (LM). Empero, sin descartar la posibilidad de que las partes designen una autoridad nominadora (normalmente una institución arbitral), en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En ese sentido, la posibilidad de la designación vía institución nominadora existe, ya que, aun y que se refiere a cuestión instrumental, como señala Nieva Fenoll, lo disponible en arbitraje es lo que pueda ser conseguido sin la necesidad de un proceso ante un juez (en este caso con la intervención de un particular extraño a la controversia), de modo que *contrario sensu*, lo indisponible es aquello que precisa ineludiblemente el pronunciamiento judicial para ser conseguido⁵⁶³, cuestión que no acontece en el supuesto, pues si es accesible a las partes el nombrar a un árbitro, también debe serlo el nombrar a alguien que lo nombre en su lugar.

Ahora bien, centrándonos en el nombramiento judicial del árbitro, el art. 1426 del C. Com prevé que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y a falta de ese acuerdo, tendrá por régimen presupuesto el árbitro único, de lo cual se aprecia la libertad de las partes comprometidas para componer el tribunal arbitral; en contraste, si bien el art. 10 de la LM dispone que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, también se establece que, a falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres. Comentario que cobra sentido a modo de preámbulo, pues el arbitraje comercial es de mayor utilización en México.

Sin embargo, en el presente trabajo se analizan las minucias del sistema de nombramiento judicial del árbitro establecido en el ordenamiento de Baja California (mismo que cobra aplicación ante la falta de designación en cualquiera de los supuestos arriba apuntados), con el objeto de escudriñar la naturaleza del procedimiento mediante un análisis comparativo y doctrinal. También se abordará la obligación de las partes para acudir al procedimiento y la sustitución que opera en el árbitro nombrado en el compromiso arbitral, así como la posibilidad de que una vez nominado el árbitro por el juez, se deba realizar la derivación judicial al arbitraje.

561 En ese mismo sentido López de Argumedo y Capiel, quienes señalan que el nombramiento de árbitros es un momento sensible del arbitraje, donde los litigantes pueden entorpecer el inicio del arbitraje. Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro y CAPIEL, Luis, "El Juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa" Revista del Club Español de Arbitraje, Wolters Kluwer, 11/2011, Madrid. pp. 114.

562 Elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), el 21 de junio de 1985 (Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI/UNCITRAL), la cual tuvo como propósito armonizar el marco jurídico del arbitraje en los distintos Estados.

563 NIEVA FENOLL, Jordi, Jurisdicción y Proceso, Marcial Pons, Madrid, 2009. p. 840

Finalmente, se analizan ciertas disposiciones que aluden a la arbitrabilidad de la materia y el estadio del proceso judicial en el que debe emanar el convenio arbitral, así como la forma del acuerdo arbitral y algunos requisitos para su otorgamiento.

Nombramiento del árbitro en el estado de Baja California

El acuerdo arbitral es un convenio que crea derechos y obligaciones entre los compromitentes⁵⁶⁴. Tal condición conduce a la idea de que dicho acuerdo no es sólo una promesa de celebrar un compromiso arbitral, sino que constituye propiamente el pacto que vincula a las partes a someterse al arbitraje. De modo que, comúnmente se denomina acuerdo o cláusula arbitral al compromiso de alcanzar la solución de diferencias derivadas de una relación jurídica, de tal manera que se incluya como una cláusula más o un anexo al contrato principal⁵⁶⁵.

La designación de los árbitros por las partes puede ser nominal o innominal⁵⁶⁶, dependiendo de si se expresa o se omite señalar a una persona en concreto en el acuerdo arbitral. De ese modo las partes pueden elegir a quien ellos deseen que desempeñe dicha encomienda, ya sea directamente o indirectamente. Se hará directamente cuando designen a alguna persona en específico para dicho encargo e, indirectamente, cuando las partes derivan a un tercero la facultad de elegirlo, en cuyo supuesto cabe la elección por el Poder Judicial que surge ante la abstención de una de las partes en realizar de manera directa o diligente el nombramiento.

Bajo tal tesis es factible que en la cláusula compromisoria se nomine al árbitro directamente y se dejen innominados a los sustitutos, quienes entrarían en lugar del primero, a falta de éste.

La voluntad de los compromitentes permite definir el número de árbitros atendiendo precisamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje. Sin embargo, ante la falta de acuerdo en ese sentido debe ser aplicada la legislación. No obstante, forzosamente la cláusula compromisoria debe ser clara y precisar el negocio o negocios que se sujetan al juicio arbitral, aun cuando no se haga el nombramiento de los árbitros. En el supuesto de que no se designaren éstos últimos, queda reservado el derecho de las partes para realizarlo a través de la intervención judicial, tal y como lo reconoce el art. 602 del Código de Procedimientos Civiles de Baja California.

564 SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje comercial internacional en México, 2ªed., Oxford, México, 2001. p. 60.

565 CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México, Oxford, México, 2004. p. 38.

566 SILVA SILVA, *op. cit.* p. 132.

Naturaleza del procedimiento de nombramiento de árbitro

Adentrándonos en la naturaleza del procedimiento de designación del árbitro y tras un análisis sistemático realizado al Código de Procedimientos Civiles de Baja California, se observa que dentro del Título Quinto denominado “*Actos Prejudiciales, Capítulos Medios Preparatorios del Juicio en General*”, contempla los capítulos denominados “*Medios Preparatorios Del Juicio Ejecutivo*”, “*Separación o Depósito de Personas como Actos Prejudiciales*”, “*De las Providencias Precautorias*”, “*De los Preliminares de la Consignación*” y el que aquí interesa: “*De la Preparación del Juicio Arbitral*”, el cual se encuentra inmerso en el Capítulo V de dicho Título.

Los Actos Prejudiciales son procedimientos que se desarrollan fuera del proceso a efecto de que éste tenga lugar. Se pueden englobar todos aquellos trámites, diligencias y gestiones que se desenvuelven ante los propios tribunales o autoridades de otro tipo y que los sistemas procesales legales consideran convenientes o a veces indispensables para dar posteriormente lugar al inicio de un proceso jurisdiccional⁵⁶⁷.

En efecto, los actos prejudiciales son las diligencias que se llevan a cabo para preparar debidamente el juicio y son también denominados actos preparatorios del juicio⁵⁶⁸. Al respecto, Garberí explica que para el normal desempeño del juicio *surgen conflictos materialmente distintos de los que constituyen el objeto procesal principal de la litis*, pero tan estrechamente ligados al juicio principal que su resolución previa resulta un antecedente lógico y, por tal, obligado⁵⁶⁹.

En ese sentido y en un primer acercamiento, la razón conllevaría estimar que los actos prejudiciales son las diligencias que tienden a la preparación de un proceso propiamente judicial, más no arbitral. Sin embargo, en el caso de nombramiento de árbitros, la naturaleza del procedimiento podría, en todo caso, encuadrar en aquellos conocidos en la doctrina como “*cuestiones prejudiciales devolutivas*”, es decir, aquellas que son resueltas por un órgano judicial diferente al órgano competente (en este caso arbitral)⁵⁷⁰. Sin embargo, se debe recordar que la resolución de cuestiones prejudiciales sirve para preparar la resolución del negocio principal, es decir, normalmente están encaminadas a ocuparse de cuestiones del orden sustantivo.

Ahora bien, en la determinación de la naturaleza de este procedimiento es apropiado decir que el procedimiento de nombramiento de árbitro, aun cuando la legislación estadual no lo denomina expresamente, encuentra una mejor explicación al contrastarlo con aquellos trámites judiciales denominados “*de jurisdicción voluntaria*”, pues inclusive, esta circunstancia acontece en materia procesal mercantil, dado que el art. 1466 del C.Com dispone que se tramitará bajo esa modalidad la solicitud de designación de árbitros.

Couture señala que juez atiende solamente las manifestaciones de la parte interesada, normalmente resolviendo bajo la responsabilidad del solicitante, de modo que

567 GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho procesal civil*, Oxford, México, 2005. p. 17.

568 PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 22ª ed., Porrúa, México, 1996. p. 66.

569 GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2012. p. 95-96.

570 *Idem*.

en los procesos de jurisdicción voluntaria la decisión del juez no daña a parte alguna⁵⁷¹. En contraposición, los procesos de jurisdicción contenciosa se resuelven aplicando una condena para alguna de las partes cuando así corresponda tomando en consideración los hechos, mientras que en la jurisdicción voluntaria el juez resuelve una valoración de intereses que pueden ser protegidos por la ley, discrecionalmente por el juez o intervenir en trámites de homologación⁵⁷².

Así lo corrobora el art. 882 del Código de Procedimientos Civiles de Baja California (CPCBC), al establecer que el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción estricta a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa; lo cual marca la pauta para considerar que las resoluciones emitidas en jurisdicción voluntaria no causan ejecutoria ni constituyen cosa juzgada, dado que la potestad que es ejercida por el juez en el proceso voluntario no podría calificarse como tal⁵⁷³, dado que las mismas son susceptibles de cambio. En ese sentido, el art. 94 del mismo ordenamiento *in fine* prevé que las resoluciones judiciales dictadas en jurisdicción voluntaria pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo.

Doctrinalmente se ha sostenido que en realidad la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, toda vez que no resuelve cuestión litigiosa entre las partes, pero tampoco es voluntaria porque los particulares tienen la obligación de acudir al juez para promoverla como único medio de dar eficacia a un acto determinado⁵⁷⁴.

A manera de ejemplo de esta clase de procedimientos se puede mencionar; los cambios de régimen patrimonial entre cónyuges, las enajenaciones de bienes de menores, las informaciones *ad perpetuam* que se promueven para acreditar los distintos nombres bajo los cuales se ha identificado una persona u obtener la inscripción de un acta de nacimiento, adopciones, etc.; supuestos en los que no existe propiamente una controversia entre los interesados empero, aun así, es necesaria la intervención de la autoridad judicial para que se autorice lo pretendido.

Calamandrei señala una clara diferenciación entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, al calificar la primera como una verdadera jurisdicción por observar en ella un atributo contencioso y, la segunda, como una actividad de naturaleza administrativa ejercida por órganos judiciales. Nuestro autor precisa que, atendiendo su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en el ramo de la función denominada administración pública de derecho privado, en la que el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas, por ello define la jurisdicción voluntaria como *la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales*⁵⁷⁵.

571 COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° ed., Depalma, 1988. pp. 45-49

572 SATA, Salvatore, Derecho Procesal Civil, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972. p. 245.

573 CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, vol. 4, Oxford, México, 2000. p. 262.

574 CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, La jurisdicción voluntaria, análisis de diversos supuestos, 2° ed. OGS editores, México, 2000, p. 17.

575 CALAMADREI, Piero, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996. p. 28.

La naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria es evidenciada en el caso de la constitución del patrimonio familiar, dado que su conformación o extinción puede hacerse en foro judicial o administrativo. Por ejemplo, el miembro de la familia que lo pretende constituir puede solicitarlo al juez en la vía de jurisdicción voluntaria, o bien, si al momento de verificarse la transacción el Gobierno tuvo intervención, el patrimonio familiar debe quedar constituido desde el trámite de escrituración, sin necesidad de pedirlo a la autoridad judicial⁵⁷⁶.

El art. 878 del CPCBC dispone que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. De lo anterior se concluye que la jurisdicción voluntaria procede cuando la ley lo disponga, o bien, cuando alguno de los interesados requiera la intervención del juzgador, bajo la condicionante de que no se promueva ninguna cuestión entre partes, éste último requisito constituye su elemento característico.

Considerar que el procedimiento de nombramiento de árbitro obedece a la naturaleza de jurisdicción voluntaria, es resultado de sus propias características toda vez que pueden ser susceptibles de cambio y, por ende, no causar ejecutoria, ello tomando en consideración que en determinado momento el árbitro puede cesar en su función por cualquier circunstancia, de modo que se requiera la designación de uno nuevo.

Como resultado del razonamiento anterior cobra sentido y justificación el hecho de que el art. 223 del CPCBC establezca que podrá designarse judicialmente árbitro, ante la falta de aceptación o renuncia del designado en el compromiso, de lo cual se entiende que, si el nombrado judicialmente no aceptare dicha encomienda, puede el juez modificar su resolución designando otro en su lugar, lo cual pone de relieve la mutabilidad que caracteriza a las resoluciones emitidas en vía de jurisdicción voluntaria.

Así, ante la falta de exactitud y para equiparar criterios, debemos inclinarnos por atribuir el carácter de jurisdicción voluntaria al proceso de nombramiento judicial de árbitro. Ahora bien, el art. 221 del CPCBC establece como requisito *sine qua non* que la cláusula compromisoria conste por escrito para que pueda tener verificativo el nombramiento judicial del árbitro:

Artículo 221: *Cuando en escritura privada o pública sometieren los interesados las diferencias que surjan, a la decisión de un árbitro, y no estando nombrado éste, debe prepararse el juicio arbitral por el nombramiento del mismo por el Juez.*

A diferencia de otras legislaciones, el Código de Procedimientos Civiles de Baja California no hace indicación respecto de la posibilidad de que el acuerdo arbitral pueda concretarse por el intercambio de cartas, telegrama o medios de comunicación elec-

576 En el caso de Nuevo León véase los arts. 729, 730 y 2211 del Código Civil para esa Entidad.

trónicos, es decir, sin el requisito de la firma física. La cuestión se antoja de explorado derecho tanto en el ámbito internacional, como en el sistema jurídico mexicano, no obstante se harán algunas consideraciones al respecto.

El artículo 7 de la Ley Modelo establece que si bien el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, con ello se entiende que basta con que quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio, de ahí que la exigencia de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumple con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Además, dicho artículo dispone que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria por sí mismo constituye un acuerdo de arbitraje escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El artículo anterior es correlativo al art. 1423 del Código de Comercio, mismo que prevé que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Inclusive, prevé que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje, siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

De lo anterior se desprende que para proceder a la designación del árbitro, lo trascendente es patentizar *prima facie* el consentimiento de las partes en cuanto al acuerdo arbitral, por tanto, pareciera incorrecto concebir que la parte que no ha firmado el compromiso arbitral de puño y letra no pueda estar sujeta a él, pues lo relevante es constatar su consenso al arbitraje, mas no la firma física del documento, toda vez que el artículo 221 no impone el requisito de firma autógrafa de los compromitentes.

En orden de lo expuesto, carece de relevancia jurídica lo establecido por el art. 222 *in fine* del CPCBC, al disponer que de constar en documento privado la cláusula compromisoria, debe ser requerida la parte emplazada para el reconocimiento de la firma por parte del actuario, pues no necesariamente el acuerdo arbitral debe estar siempre firmado de puño y letra:

Artículo 222: *Al efecto, presentándose el documento con la cláusula compromisoria por cualquiera de los interesados, citará el Juez a junta dentro del tercer día para que se presenten a elegir árbitro, apercibiéndolos de que, en caso de no hacerlo, lo hará en su rebeldía.*

Si la cláusula compromisoria forma parte de documento privado, al emplazar a la otra parte a la junta a que se refiere el artículo anterior, el actuario la requerirá previamente para que reconozca la firma del documento, y si se rehusase a contestar a la segunda interrogación, se tendrá por reconocida.

Es posible alcanzar la conjetura antes mencionada porque dentro del procedimiento de nombramiento de árbitros no es factible un pronunciamiento del juez sobre la validez o no del convenio arbitral, ni sobre la arbitrabilidad de la materia objeto de controversia, pues no se avista como *causa petendi* dentro de esa clase de procedimientos; por el contrario, debe bastar la sola existencia del acuerdo arbitral para que la autoridad judicial pueda pronunciarse sobre la designación del árbitro, sin que tenga que juzgar sobre la validez o no del mismo.

Del artículo en comento se desprende que recibida la solicitud inicial adjunto con el documento donde conste la cláusula arbitral, la autoridad citará a las partes a una audiencia dentro del tercer día hábil, acorde a lo dispuesto en el numeral 64 del CPCBC, con la finalidad de que las partes se presenten a designar árbitro, bajo el apercibimiento que de no hacerlo así, el Juez lo nombrará en su rebeldía.

Cabe señalar que ésta disposición guarda similitud en cuanto al artículo 879 del mismo ordenamiento, que se refiere al trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria, ya que establece que cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le citará quedando a su vista las actuaciones, para que dentro del plazo de tres días se imponga de ellas, señalando día y hora para la audiencia. Lo anterior denota que aunque la legislación estadual denomina al procedimiento de nombramiento de árbitros como medios preparatorios⁵⁷⁷ y lo cataloga dentro de los actos prejudiciales, realmente el procedimiento encuadra en diligencias de jurisdicción voluntaria, como así lo acoge el Código de Comercio. Estamos, pues, ante un problema de técnica legislativa.

Durante el proceso de designación de árbitro las partes no están sujetas a un juicio contencioso, ni siquiera existen partes contendientes, de modo que la designación judicial del árbitro constituye una de las maneras en las que, por conducto de la autoridad, las partes pueden elegir de manera indirecta al árbitro, o por lo menos eso se puede entender por la falta de acuerdo en que incurren, dado el derecho que adquiere el juez a partir de la pasividad de las partes en concordancia con la disposición legal que lo autoriza a realizar la designación en esos casos, de ahí que realmente los compromitentes dejan en manos del juez el hacer la elección.

Ahora bien, cuando una de las partes no asiste a la audiencia incurre según el art. 222 en rebeldía, misma que es entendida como la contravención a un deber, es decir, el descuido de una carga a nivel procesal que tiene como consecuencia la preclusión que coincide con el desaprovechamiento de una posibilidad⁵⁷⁸. Aparentemente solo la parte que no comparece queda en un estado de desventaja de cara al futuro, de modo que la preclusión opera como efecto directo de su rebeldía, sin embargo, dicha preclusión afecta también a la parte que asiste, pues la posibilidad de intervenir en la designación del árbitro se extingue a ambas partes por extensión en base al principio

577 Véase artículo 598 del Código de Procedimientos Civiles de Baja California

578 GOLDSCHMIDT, James, Principios Generales del Proceso, Vol. 1, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008. pp. 30-32.

de igualdad, irrenunciable en los casos de designación de árbitro, de modo que el juez se ve obligado a realizar el nombramiento sin intervención de la parte presente.

Nombramiento judicial a falta de acuerdo

Cuando las partes celebran una cláusula compromisoria implícitamente ponen de relieve su ánimo de designar árbitro, aun cuando no los nominen en su acuerdo arbitral. La voluntad de las partes permite definir el número de árbitros, sin embargo, ante la falta de acuerdo, es aplicable la legislación para instrumentar su designación.

Durante el procedimiento de nombramiento judicial de árbitro debe ser respetado el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo cual, la ley prevé que el juzgador debe conceder a las partes la oportunidad de realizar la designación de mutuo acuerdo, pero ante resultados negativos o de abstención que conlleven a la no generación de dicho acuerdo, el juez debe hacer la designación del árbitro, el cual, conforme a la legislación de Baja California, debe ser elegido de una lista que para ese efecto se lleva en el Tribunal Superior de Justicia de esa Entidad Federativa.

Obligación de acudir al nombramiento judicial del árbitro

Una vez iniciado el proceso judicial de nombramiento de árbitro las partes podrán elegir entre acudir o no comparecer a la audiencia relativa a la designación, pues la única consecuencia que produce su abstención consiste en perder la oportunidad de participar en la designación intrajudicial del árbitro; siendo así que la diferencia a efectos procesales entre asistir o no, estriba en que las partes vedan la posibilidad en elegirlo de común acuerdo, tal y como se constata en líneas ulteriores.

Audiencia de designación de árbitro en el estado de Baja California

Artículo 223: *En la junta procurará el Juez que elijan árbitro de común acuerdo los interesados y, en caso de no conseguirlo, designará uno entre las personas que anualmente son listadas por el Tribunal Superior con tal objeto.*

Lo mismo se hará cuando el árbitro nombrado en el compromiso renunciare y no hubiere substituto designado.

El principio de igualdad cobra primacía en los procedimientos de nombramiento de árbitros, entendiendo dicho principio como la prohibición de situaciones de desventaja o prevalencia de uno de los litigantes respecto del otro, garantizando idénticas

oportunidades y medios para hacer valer sus pretensiones⁵⁷⁹. De ahí que el legislador californiano haya previsto en el art. 223 que la audiencia se desahogue en diversas fases, mismas que enseguida se delimitan:

- i.- Se da inicio a la audiencia, haciéndose constar el lugar, la fecha, la hora de inicio, así como el objeto y las personas que se encuentran presentes e inter- vendrán en la misma.
- ii.- Después de hacer constar la notificación de las partes comprometidas respecto del proveído que señaló la fecha para audiencia, el Juez decretará la apertura de la misma.
- iii. La audiencia de designación de árbitros presenta particularidades estructurales dignas de analizar. El artículo 222 señala “...citará el Juez a junta dentro del tercer día para que se presenten a elegir árbitro...”, ello indica que de encontrarse ambas partes presentes, el Juez está obligado a preguntarles si desean elegir árbitro de común acuerdo en los términos del artículo 222 del CPCBC. Ahora bien, cabe preguntarse si en ese estadio el juez realiza funciones de conciliador. La respuesta al anterior cuestionamiento la aporta el mismo código al señalar en el art. 223 “En la junta procurará el Juez que elijan árbitro de común acuerdo los interesados”, de modo que se hacen patentes dos fases distintas en la diligencia.

En una primer etapa de la audiencia el juez no puede realizar funciones conciliatorias, sino que debe limitarse a corroborar el que las partes hayan llegado a un acuerdo previamente o, en todo caso, abrir un espacio dentro de la audiencia para que las partes puedan libremente llegar a la avenencia. Al respecto Escriche entiende que si bien la avenencia se da cuando dos partes con el objeto de evitar pleitos se conforman con el dictamen de árbitros o amigables componedores, también acepta la posibilidad de que esta se puede dar cuando dos partes por sí mismas llegan a un acuerdo respecto de un punto en discusión⁵⁸⁰. De modo que no se avista inconveniente alguno en la ley para que las partes puedan libremente negociar y en su caso llegar a un acuerdo sin intervención de un tercero (en este caso el juez) dentro de la misma audiencia, sino que el mismo código marca una escisión con la intención de privilegiar la mínima intervención y dar cabida a un estadio superior de la libre disposición de parte.

579 MAS TALADRIZ, Jorge, “Trascendencia y aplicación práctica de los principios procesales esenciales del arbitraje en la legislación española”, en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord), *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011. p. 296.

580 SCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo I, Cárdenas Editor, México, 2003. p. 324.

- iv. Superado el primer estadio y ante una respuesta negativa o de abstención, el Juez proseguirá a la apertura de una etapa de conciliación judicial, donde tomará un papel activo, dado que coadyuvará con las partes para encontrar una solución consensual en cuanto al nombramiento de árbitro. Es este momento se forma una trilateralidad en la relación procesal, dada la colaboración por parte del juez⁵⁸¹, mismo que estará facultado para proponer fórmulas de solución.
- v. De insistir su renuencia o abstención, el Juez designará uno de los árbitros que aparezca en la lista anual que se elabora en el Tribunal Superior.

Así pues, en caso de incomparecencia de una o de ambas partes a la audiencia, el Juez ante la imposibilidad material de desahogar las fases anotadas en los números iii y iv, pasará inmediatamente a designar un árbitro de la lista que lleva el Tribunal Superior de Justicia.

Del art. 223 *in fine* del Código de Procedimientos Civiles de Baja California, se desprende que tratándose de un árbitro nominal designado en el compromiso arbitral, y ante la renuncia de este sin que hubiere un sustituto, debe solicitarse la intervención judicial para la designación de árbitro, cuyo procedimiento se desarrollará en la manera antes descrita.

Ahora bien, el CPCBC en el art. 608 fracc. I soslaya la posibilidad de acudir a la vía judicial para el nombramiento de árbitro en los casos de muerte del designado en el acuerdo arbitral sin que se haya designado sustituto, toda vez que incluye una disposición de carácter sustantivo al disponer una causa de terminación del acuerdo arbitral. Al respecto, Hugo Alsina señala que el pacto arbitral quedará sin efecto no solo por la muerte del árbitro, sino por cualquier circunstancia que le impida desempeñar su función, salvo pacto en contrario⁵⁸².

En resumen; las etapas en las que se desarrolla la audiencia relativa a la designación del árbitro en el caso de asistencia de las partes se verifican de la siguiente manera:

581 ARAZI, Roland, Derecho Procesal y Civil, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. p. 81

582 ALSINA, Hugo, Derecho Procesal, Tomo VII, Ediar, Buenos Aires, 1965. p. 54.

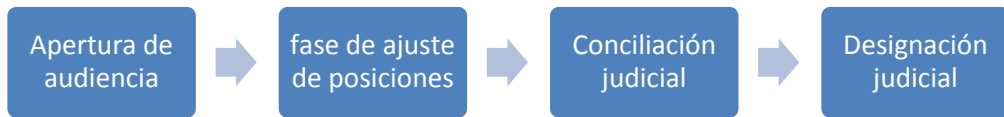


Figura 1. Elaboración propia

Derivación judicial al arbitraje

Artículo 224: *Con el acta de la junta a que se refieren los artículos anteriores, se iniciarán las labores del árbitro, emplazando a las partes como se determina en el título octavo.*

Del anterior precepto legal se desprende que con la diligencia donde consta el desarrollo de la audiencia inicia la actividad del árbitro, quien efectuará el emplazamiento de las partes como lo establece el art. 605 del CPCBC el cual dispone como marco procesal para el arbitraje aquel establecido para los tribunales judiciales del Estado de Baja California⁵⁸³.

El artículo en comento marca el inicio de la función del árbitro. Sin embargo, el legislador es omiso en precisar si al ser realizada judicialmente la designación del árbitro, se constituye la obligación del juez de darle vista al nombrado para la aceptación de su cargo. Para que un árbitro pueda estar en aptitud de iniciar el arbitraje primero debe tener conocimiento su designación, en segundo lugar, debe aceptar el cargo protestando el cumplimiento de su encomienda y manifestar que en el desempeño de su cargo será independiente e imparcial.

No obstante, tomando en consideración que desde el momento en que los árbitros aceptan el cargo quedan sujetos a derechos y responsabilidades que acarrea esa decisión resulta, pues, problemático la falta de disposición expresa que contemple el deber del juez de notificar al árbitro, así como la falta de un plazo especialmente determinado para ello⁵⁸⁴, de modo que se observa un esquema de inseguridad procesal, tomando en consideración que el procedimiento de nombramiento de árbitro concluye precisamente en el momento en que el juez hace la designación.

Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que desde el momento de la aceptación surge entre los árbitros y las partes un vínculo jurídico de atribución

583 Salvo algunas disposiciones de carácter instrumental que figuran en el Título Octavo del CPCBC.

584 Téngase en cuenta que el art. 137 fracc. IV del CPCBC establece un término de 3 días para aquellos casos en que se encuentre estipulado un término para la práctica de actos judiciales o ejercicio de algún derecho.

de poder a ese tercero, del cual se deriva el nacimiento de una serie de obligaciones y derechos.

A partir de la aceptación del árbitro nace la obligación de cumplir fielmente con el encargo dictando un laudo congruente que resuelva la controversia mediante el desarrollo de un procedimiento en el que se sigan los principios esenciales⁵⁸⁵, mientras que a las partes, en su caso, les corresponderá el pago de honorarios y gastos correspondientes a esa tarea.

Atendiendo al hecho de que la actividad jurisdiccional se gobierna en base al principio de impulso procesal, no pueden ser considerados hechos no introducidos⁵⁸⁶ o bien, peticiones no formuladas, y en atención al respeto del principio de congruencia, sólo se podría contemplar la posibilidad de la derivación judicial al arbitraje cuando así lo solicitare cualquiera de las partes, encontrando sustento por aplicación analógica el artículo 1424 del Código de Comercio que dispone, *“el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas”*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el CPCBC dentro del procedimiento de nombramiento judicial de árbitro no establece la obligación del juez de notificar a las partes la designación efectuada, independientemente de que estuvieren presentes o ausentes en la audiencia que se celebra para tal fin, con base al principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho de audiencia y seguridad jurídica que acogen los artículos 14 y 16 constitucionales, en un momento posterior al nombramiento se debe tener a las partes presentes por notificada del mismo, y en caso de que alguna de ellas o ambas estén ausentes, debe notificarse la designación por conducto del actuario.

Así, analizado el procedimiento de nombramiento judicial de árbitro se puede concluir que su desarrollo esquemático opera de la siguiente forma.

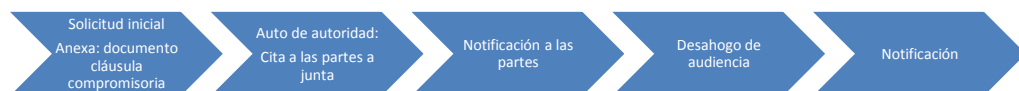


Figura 2. Elaboración propia

585 MAS TALADRIZ, *op. cit.* p. 287.

586 CARNELUTTI, *op. cit.* p. 261.

El juicio arbitral

La cláusula compromisoria constituye un presupuesto al arbitraje, dado que las voluntades de las partes constituyen su piedra angular, de modo que en ese consentimiento descansa el procedimiento arbitral. El arbitraje es una institución que no es jurisdiccional y que tiene como finalidad específica resolver conflictos en los que las partes aceptan el laudo como definitivo, así como presupone el cumplimiento del mismo⁵⁸⁷.

El Código de Procedimientos Civiles de Baja California, en el Título Octavo, establece las reglas generales del juicio arbitral, sin embargo, no proporciona una definición del arbitraje. Al respecto, Ley Modelo⁵⁸⁸ (art. 7) lo conceptualiza como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

Por su parte, el Código de Comercio en el artículo 1416 define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

El arbitraje es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan someter la solución de determinados conflictos que hayan sufrido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica a la decisión de uno o varios terceros denominados árbitros, quienes para tal fin emitirán un laudo. Es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes se somete a la voluntad de un tercero, pero para ello debe existir un pacto o convenio en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento de un tercero, con el compromiso de cumplir lo que por él se decida⁵⁸⁹.

El arbitraje, al igual que el proceso judicial, constituye un método heterocompositivo adversarial, dado que en ambos casos la solución a la controversia es aportada e impuesta por un tercero, a diferencia de la autocomposición mediante la cual son las propias partes quienes buscan entre sí una solución⁵⁹⁰, encontrando en la autocomposición, vista en su conjunto y a nivel procesal, un esquema que funciona a modo de sistema de formas de extinguir el litigio⁵⁹¹.

587 CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, *El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias, análisis y práctica en México*, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 34.

588 Elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI/UNCITRAL).

589 PEÑA GONZÁLES, Óscar, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos, teoría y práctica*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010. pp. 51-52.

590 JUNCO VARGAS, José Roberto, *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio*, Quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 2007. p. 53.

591 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008. p. 6.

La arbitrabilidad de la materia

Existen materias que no pueden ser objeto de arbitraje y por tanto las partes no pueden celebrar compromisos en árbitros en relación a ellas. La inarbitrabilidad es una cuestión determinada por la disponibilidad de los derechos que se someten a decisión⁵⁹², pero también puede emanar de la voluntad de las partes, tal es el caso, cuando los compromitentes establecen que las controversias que surjan de determinadas cuestiones de la relación jurídica que las une sean sometidas al arbitraje y otras no.

Los litigios inarbitrables por disposición de la ley implican normas imperativas⁵⁹³. Así, al aludir a la arbitrabilidad de la materia se hace referencia a las materias que sí son susceptibles de ser comprometidas en arbitraje. Algunos ejemplos prohibitivos son los asuntos relativos al derecho de recibir alimentos, divorcio, nulidad de matrimonio, estado civil de las personas, entre otros, como se puede observar en el art. 601 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California. Sin embargo, es importante recalcar que la inarbitrabilidad de la materia es un estado mutable, pues dependerá de la época en base a una moral colectiva⁵⁹⁴.

La inarbitrabilidad de la materia obedece a que ciertos asuntos son considerados de orden público, de ahí que el Estado establece una reserva irrevocable por encima de la voluntad de los particulares, por lo que solamente él mediante el poder de la jurisdicción puede decidir respecto de ellos. De modo que toda materia que en el sistema jurídico mexicano no sea considerada de orden público, o no esté gobernada por una norma imperativa puede ser susceptible de arbitraje.

Artículo 595: *Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.*

Artículo 598: *Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios.*

Los tutores no pueden comprometer los negocios de las personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichas personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención judicial, como se previno en los medios preparatorios a juicio arbitral.

En los anteriores artículos se pone de relieve el principio *Pacta Sunt Servanda*, el cual descansa en la idea de que los pactos deben ser respetados, toda vez que los compromisos adquiridos no pueden eludirse ni desconocerse, por ende, el contrato crea

592 Véase NIEVA FENOLL, *op. cit.* pp. 837-842.

593 SILVA SILVA, *op. cit.* p. 82.

594 NIEVA FENOLL, *op. cit.* p. 839.

entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento, pues vinculan a las partes a lo pactado y sus consecuencias.

El fundamento del referido principio se encuentra en los arts. 1683 y 1684 del Código Civil de Baja California (CCBC), que disponen:

Artículo 1683: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley.*

Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley.

Artículo 1684: *La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

Por tanto, conforme al principio *Pacta Sunt Servanda* la cláusula arbitral o compromisoria constituye un pacto que vincula a las partes a someterse al arbitraje, mismo que debe ser acatado, de ahí que, como se ha señalado arriba, dicho acuerdo no es una promesa de celebrar un compromiso arbitral, sino que constituye propiamente el pacto que vincula a las partes a someterse al arbitraje.

Pacto arbitral posterior a la sentencia

Conforme a la legislación en comento el acuerdo arbitral puede surgir iniciado el proceso judicial, durante o después de sentenciado, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Artículo 596: *El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.*

El compromiso posterior a la sentencia irrevocable, sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

En la parte final del art. 605 del mismo ordenamiento, inclusive, se establece que cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

Entonces, de una interpretación sistemática y teleológica de los arts. 596 y 605 resulta que el compromiso arbitral puede celebrarse antes de que exista sentencia ejecutoriada y opere el principio de cosa juzgada, en concordancia con lo dispuesto por el art. 420 que delimita los casos en que causan ejecutoria las sentencias por ministerio de ley.

forma del acuerdo arbitral

La forma en términos generales constituye el conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad debe reunir en su manifestación exterior para que el derecho le conceda sus efectos⁵⁹⁵.

Artículo 597: *El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el Juez, cualquiera que sea la cuantía.*

El artículo antes señalado apunta una postura antiformalista, pues solo requiere que sea realizado el acuerdo arbitral por escrito, mas no exige que sea celebrado en escritura pública o mediante convenio judicial para su validez.

Requisitos para el otorgamiento del compromiso arbitral

Artículo 598: *Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios.*

Los tutores no pueden comprometer los negocios de las personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichas personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención judicial, como se previno en los medios preparatorios a juicio arbitral.

Artículo 599: *Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados por el autor. En este caso, si no hubiere árbitro nombrado, se hará necesariamente con intervención judicial.*

Artículo 600: *Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.*

La regla general para comprometerse en arbitraje es estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles, es decir, que no hayan sido suspendidos dichos derechos en cuanto a alguno o ambos compromitentes por alguna sanción o castigo accesorio derivado de una pena de prisión, v. gr. los supuestos contenidos en el artículo 46 del Código

595 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Porrúa, 2° ed., México, 2008. p. 80.

Penal Federal: la tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebra, árbitro o representante de ausentes.

Ahora bien, cualquier contrato se encuentra sujeto a cumplir con los elementos de validez sin los cuales resulta ineficaz, de modo que existen ciertas circunstancias que limitan o vedan la capacidad de actuar de una persona⁵⁹⁶.

Al celebrar cláusula compromisoria las partes deben gozar de capacidad de ejercicio, pues como el art. 23 del Código Civil de Baja California lo establece, la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica y, por tanto, los menores y los incapaces sólo pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La ley presume que todas las personas que hayan cumplido la mayoría de edad y no se encuentren en especiales condiciones previstas por la ley como causas de incapacidad, tienen la plena capacidad natural de entender y de querer, por tanto, les reconoce en general, capacidad de obrar⁵⁹⁷.

Los tutores no pueden comprometer en árbitros los negocios de menores o incapaces, ni nombrar árbitros, a menos de que adquieran aprobación judicial o que los incapaces sean herederos de quien celebró el compromiso o estableció la cláusula compromisoria, en cuyo caso, de no existir designación de árbitro, el nombramiento se realizará con la intervención judicial.

Respecto a las sucesiones hereditarias los albaceas necesitan del consentimiento de la totalidad de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y también para nombrar árbitros, a no ser que se trate de acatar el compromiso o cláusula compromisoria celebrados por el autor de la herencia, en cuyo caso, también de no existir árbitro designado, se hará su nombramiento con la intervención judicial; esto obedece a que el *de cuius* en vida, en cierta manera obligó a sus herederos a someter sus diferencias al arbitraje.

Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros por unánime consentimiento los acreedores.

Es decir, las personas mencionadas sólo pueden acudir al arbitraje bajo la condicionante de haber obtenido la autorización que les exige la ley, por ejemplo, el tutor con la aprobación judicial, el albacea cuando cuente con el consentimiento unánime de los herederos y, el síndico cuando tenga el consentimiento uniforme de los acreedores.

Fuera de los casos señalados, las partes deben tener facultades para comprometer en árbitros cualquier asunto, es decir, tener personalidad jurídica para ser capaces de pactar, de lo contrario el acuerdo es nulo.

596 MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho Porrúa, 43° ed., México, 1998. p. 140.

597 CALAMANDREI, *op. cit.* p. 195.

Bibliografías

- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008.
- ALSINA, Hugo, Derecho Procesal, Tomo VII, Ediar, Buenos Aires, 1965.
- ARAZI, Roland, Derecho Procesal y Civil, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- CALAMANDREI, Piero, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, La jurisdicción voluntaria, análisis de diversos supuestos, 2° ed. OGS editores, México, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco, Derecho procesal civil y penal, vol. 4, Oxford, México, 2000.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° ed., Depalma, 1988.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México, Oxford, México, 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, Derecho Procesal Civil, 2° ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- GOLDSCHMIDT, James, Principios Generales del Proceso, Vol. 1, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho procesal civil, Oxford, México, 2005.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Porrúa, 2° ed., México, 2008.
- JUNCO VARGAS, José Roberto, La conciliación, aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio, Quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 2007.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro y CAPIEL, Luis, "El Juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa" Revista del Club Español de Arbitraje, Wolters Kluwer, 11/2011, Madrid
- MACCHIA, Valeria, "Arbitraje internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencial", en HIERRO, Antonio y CONEJERO, Cristian, El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, 2° Ed., Wolter Kluwer, Madrid, 2012
- MAS TALADRIZ, Jorge, "Trascendencia y aplicación práctica de los principios procesales esenciales del arbitraje en la legislación española", en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord), *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Editorial Dykinson, primera edición, Madrid, 2011
- MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho Porrúa, 43° ed., México, 1998.
- NIEVA FENOLL, Jordi, Jurisdicción y Proceso, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 22°ed., Porrúa, México, 1996.
- SATA, Salvatore, Derecho Procesal Civil, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972.
- SCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo I, Cárdenas Editor, México, 2003.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje comercial internacional en México, 2°ed., Oxford, México, 2001.
- PEÑA GONZÁLES, Óscar, Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos, teoría y práctica, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

La ejecución de los laudos arbitrales en materia de inversiones

Yolanda Dutrey Guantes⁵⁹⁸

Sumario. 1. Introducción. 2. La eficacia de los laudos arbitrales en materia de inversiones. 2.1. El reconocimiento u homologación de los laudos arbitrales 2.2. La ejecución directa de los laudos CIADI. 2.2.1. Regulación jurídica contenida en el Convenio de Washington y cuestiones que plantea. 2.2.2. Dificultades para la ejecución de los laudos por los tribunales nacionales. 3. ¿Ejecución sin ningún control?. 4. Conclusiones.

Introducción

En el año 2008 publiqué en la Revista de Derecho Mercantil un artículo en el que se hacía referencia a algunas carencias existentes en torno a la regulación jurídica de las inversiones internacionales y a los procedimientos de solución de controversias⁵⁹⁹. En dicho artículo, se sugerían algunas de las correcciones que estaban siendo reclamadas por lo distintos operadores y que parecían importantes de cara a conseguir una mayor credibilidad del sistema en su conjunto, apuntándose en las conclusiones el peligro que corría dicho sistema si los Estados, debido en parte a esta falta de credibilidad, se resistían a cumplir los laudos arbitrales dictados por los tribunales o se alejaban del sistema de arreglo de controversias establecido⁶⁰⁰.

Ambas cosas han tenido lugar; por un lado, se han incrementado las dificultades en la ejecución de laudos arbitrales⁶⁰¹ y por otro, algunos países se han separado del sistema, al menos del CIADI⁶⁰², que es el Centro de resolución de controversias en materia de inversiones más utilizado hasta el momento, apareciendo instituciones

598 Yolanda Dutrey Guantes. Doctora en Derecho. Master en Derecho Comunitario. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la URJC (yolanda.dutrey@urjc.es)

599 *Vid.* Y. Dutrey Guantes, "La regulación jurídica de las inversiones internacionales: Aspectos controvertidos", *R.D.M.*, nº 268, abril-junio 2008, PP. 657-677.

600 Textualmente se decía: "La insatisfacción del Estado tiene múltiples posibilidades, desde la interposición de obstáculos a la ejecución de un laudo hasta la renuncia al sistema. Todos estos desenlaces son perjudiciales para el inversor, que puede ver tambalearse el sistema jurídico que le brinda protección, y para el Estado receptor de la inversión cuyas capacidades de desarrollo pueden verse afectadas ante la retirada de la inversión. *Cf.* Y. Dutrey Guantes, "La regulación ...", *loc. cit.*, p. 677.

601 *Vid.* Ab. Christian G. Sommer, "El reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución directa o aplicación del exequatur?", *Revista electrónica cordobesa de Derecho internacional público*, vol. 1, nº 1, 1011, <http://revistas.unc.edu.ar>.

602 El Gobierno de la República de Bolivia denunció el Convenio el 2 de mayo de 2007, el Gobierno de la República del Ecuador denunció el Convenio el 6 de julio de 2009 y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela denunció el Convenio el 24 de enero de 2012.

paralelas que surgen como reacción al sistema existente como el Centro de Solución de Controversias Financieras UNASUR. Esta es una iniciativa de difícil valoración por el momento pero significativa dado que surge en la región que acumula un mayor número de litigios abiertos en materia de inversiones⁶⁰³.

En este contexto, examinamos las distintas vías, así como los inconvenientes, para conseguir la efectividad de un laudo arbitral que condene a pagar a un Estado, poniendo especial interés en la ejecución automática de los laudos CIADI. El caso Vivendi puede ser un ejemplo de las dificultades de cobro real de las deudas; tras interponer la empresa una demanda en 1997 y obtener un fallo favorable del CIADI el 20 de agosto de 2007, en septiembre de 2007 el parlamento argentino “repudia” la decisión, planteando un segundo recurso de anulación en diciembre de 2007, que es fallado en agosto de 2010⁶⁰⁴. Finalmente, según la información de la que disponemos, cobró parte de la deuda en octubre de 2013⁶⁰⁵.

La eficacia de los laudos arbitrales en materia de inversiones

El reconocimiento u homologación de los laudos arbitrales

Los inversionistas que han obtenido un laudo favorable tras un largo y costoso proceso arbitral, deben ejecutarlo en el foro local, es decir ante los tribunales del Estado que ha sido condenado al pago, salvo que el Estado asuma su obligación de manera voluntaria.

Tratándose de laudos arbitrales, la ejecución de los mismos, pasa por una homologación previa que realizan los jueces de los Estados donde estos laudos pretenden tener eficacia. La normativa aplicable en la mayoría de los países es el Convenio de

603 Por el momento, no se conoce mucha información acerca de esta iniciativa,

<http://www.avn.info.ve/contenido/unasur-avanza-creaci%C3%B3n-centro-soluci%C3%B3n-controversias>

604 *Vid.* en Argentina el proyecto de resolución, trámite parlamentario 119 (07/09/2007) para “Expresar repudio al fallo del CIADI de 20 de agosto de 2007 que ordena al gobierno nacional pagarle ciento cinco millones de dólares estadounidenses al grupo francés Vivendi y su subsidiaria Aguas de Aconquija”. Se apoya este repudio en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual en su art. 21 “el gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno” *Vid.* el expediente en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4448-D-2007>.

605 *Cf.* en la web citada: “El gobierno oficializó hoy acuerdos con cinco empresas que mantenían reclamos contra la Argentina en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) y con una sexta que reclamaba ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). El acuerdo de pago es con las empresas Blue Ridge Investments L.L.C, CC-WB Holdings LLC, Vivendi Universal Sociedad Anónima y Compañía de Aguas del Aconquija Sociedad Anónima, Azurix Corp y NG-Un Holdings LLC. La cancelación de las acreencias será "exclusivamente con títulos de deuda pública interna". La resolución 598/2013 del Ministerio de Economía, firmada por el ministro Hernán Lorenzino, establece una quita sobre el monto originalmente reclamado. Los acuerdos permiten la normalización de deudas por un monto total de 677 millones de dólares. La quita fijada en valor nominal a todos los acreedores por igual representa un 25 por ciento respecto del monto originalmente reclamado. La instrumentación de los acuerdos supone la cancelación de los montos mediante la entrega de una combinación de bonos BONAR X para el capital y BODEN 15 para los intereses, a una tasa del 7 por ciento anual. Las empresas suscribirán BAADE, en efectivo, por el 10 por ciento del monto total reclamado. Se puede consultar la información” en : <http://www.lanacion.com.ar/1630246-oficializan-acuerdo-con-empresas-que-tenian-juicios-contra-la-argentina-en-el-ciadi>

Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras,⁶⁰⁶ firmado por más de 150 países. Este convenio es de gran relevancia por el número de ratificaciones así como por su carácter armonizador dado que posee para la mayor parte de los países que lo han suscrito, incluido España, carácter universal, aplicándose a los laudos procedentes de todos los países con independencia de que éstos sean o no partes del convenio, sustituyendo así las normas nacionales en la materia⁶⁰⁷.

Tras la solicitud de homologación del laudo, se inicia un procedimiento en el Estado requerido⁶⁰⁸ pudiendo oponerse los jueces a la homologación por varias causas recogidas en el convenio de Nueva York⁶⁰⁹.

Conviene tener presente que el juez que homologa el laudo es un juez del Estado obligado al pago y que no sería difícil de entender que, en aplicación de su legislación, considerara que el laudo incumple alguna de las condiciones previstas en el Convenio de Nueva York. En muchas ocasiones, la actuación por la que los Estados son demandados responde a situaciones de protección de sus intereses públicos, económicos, de salud, medioambiente, recursos naturales, etc.⁶¹⁰. La extralimitación del árbitro, dictando decisiones que afectan a la soberanía del Estado, la no arbitrabilidad de materias controvertidas en el sentido de si pueden considerarse incluidas o

606 *B.O.E.* núm. 164, de 11 de junio de 1977.

607 *Vid.* P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed, Madrid, Iustel, 2011, p. 709 y ss, donde se recoge información acerca del sistema de reservas previsto en el tratado así como la compatibilidad entre éste y otros instrumentos sobre la misma materia.

608 *Vid.* Información acerca del procedimiento y de las condiciones de reconocimiento en M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 563 y ss.

609 Las causas que con arreglo al Convenio de Nueva York pueden alegarse para oponerse a la ejecución del laudo se establecen en el artículo V:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que haya sido dictada la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.
- d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serán contrarios al orden público de ese país

610 Cuestiones tan habituales como la regulación del control del tabaco pueden ser motivo de interposición de demandas por violación de los APPRI. *Vid.* Por ejemplo el caso Philip Morris contra Uruguay, donde las compañías tabacaleras reclaman por expropiación de su propiedad intelectual sin compensaciones y por no ser tratada de forma justa y equitativa (caso CIADI ARB/10/7)

no en el concepto de inversión o la cláusula general de violación del orden público (contradicción con leyes nacionales, con jurisprudencia nacional o con otros fallos arbitrales contradictorios) podrían ser causas de no reconocimiento conforme a los términos del convenio de Nueva York. Con el convenio de Nueva York en la mano y las causas de no reconocimiento que éste recoge, sería difícil considerar que es *contra legem* la denegación del reconocimiento de un laudo que viola por ejemplo una ley que protege la salud.

Esta posibilidad de los Estados de denegar eficacia al laudo dictado (el que reconoce es el mismo contra el que se reconoce) puede volver ineficaz el sistema entero, por lo que resulta comprensible que aquél Estado en el que se tiene que ejecutar el laudo no pueda disponer de un procedimiento previo que le permita un rechazo de ese cumplimiento. En estos parámetros, resulta comprensible la eficacia directa de los laudos citados sin control previo de aquel al que el laudo perjudica.

La ejecución directa de los laudos CIADI

Regulación jurídica contenida en el Convenio de Washington y cuestiones que plantea

Si el laudo es CIADI, la ejecución del laudo cambia para los Estados miembros del Convenio de Washington⁶¹¹. El Convenio señala que, una vez dictado el laudo, las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos⁶¹², teniendo que ejecutarlo como si se tratara de una sentencia firme⁶¹³ y eliminando, con ello, la fase de recono-

611 *Vid.* los Estados parte y las reglas citadas en <https://icsid.worldbank.org>. La regulación relativa a la estructura y funcionamiento del CIADI se encuentra en el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (*B.O.E.* nº 219, de 13 de septiembre de 1994), las Reglas de arbitraje y las Reglas de conciliación, además del Reglamento del Mecanismo complementario para aquellas disputas en las que el Estado no es miembro del CIADI.

612 *Vid.* Al respecto,

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities: "A further distinctive feature is that an arbitral award rendered pursuant to the Convention may not be set aside by the courts of any Contracting State, and is only subject to the post-award remedies provided for in the Convention. The Convention also requires that all Contracting States, whether or not parties to the dispute, recognize and enforce ICSID Convention arbitral awards.

613 *Vid.* Arts. 53 y 54 del Convenio de Washington: Artículo 53 (1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.(2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54 (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será

cimiento habitual que los Estados realizan a través del Convenio de Nueva York anteriormente citado⁶¹⁴. De hecho, la Regla 54 de las Reglas de Arbitraje prevé la posibilidad de suspensión de la ejecución del laudo si se solicita la aclaración, revisión o anulación del mismo, lo que permite concluir que el laudo CIADI se convierte en el texto del Convenio en un título ejecutivo sin posibilidad alguna de revisión.

En este contexto, ha tenido lugar el debate de si el art. 53 obliga al Estado a pagar “voluntariamente” el laudo o si los acreedores deben iniciar procedimientos en el marco del artículo 54 presentando el laudo ante los tribunales locales⁶¹⁵. Desde un punto de vista de Derecho privado, este sistema no se diferencia del sistema de gestión de cobro de deudas habitual. Todo aquél al que una sentencia o laudo obliga a pagar, tiene obligación de pagar y puede hacerlo voluntariamente o no. Si no paga, se insta la ejecución. La obligación de pagar es una cosa (y surge con la sentencia) y la ejecución forzosa de la sentencia en caso de impago es otra cosa totalmente distinta y que obviamente demuestra la voluntad del deudor de no hacer frente a la deuda.

Aparte de estas interpretaciones más o menos torticeras de los artículos, se presentan aquí también varias dificultades para la ejecución; por un lado, como en el apartado anterior, el deudor puede tener que ejecutarse a sí mismo y por otro, el incumplimiento puede responder, según el Estado, a intereses públicos, soberanos y superiores o al incumplimiento de cualquier otra previsión legal nacional.

Dificultades para la ejecución de los laudos por los tribunales nacionales

La primera fuga que aparece en torno a la eficacia del laudo viene de la mano del propio convenio ya que su art. 27 prevé la posibilidad de no acatamiento por el Estado del laudo dictado⁶¹⁶. El intento, por tanto, de eficacia a través de esquemas privatistas y de ejecución automática de decisiones, topa con la realidad de la inversión en la que una de las partes es un Estado soberano. El convenio de Washington es consciente de las limitaciones que la intervención estatal produce, recogiendo el art. 55 el mantenimiento de la inmunidad de ejecución⁶¹⁷. Esta inmunidad de ejecución es un límite a la eficacia del sistema de arreglo de controversias arbitral y viene a constatar que por mucho que se busque proteger al inversor y conseguir eficacia a través de

notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

614 Esto implica una recepción automática de las sentencias del CIADI en los ordenamientos internos, sobre la base de la cual pueden adoptarse directamente medidas de ejecución, excluyéndose el procedimiento de exequatur. *Vid.*, J. A. Vives Chillida, *El Centro internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGrawHill, 1998, p. 247.

615 *Vid.* al respecto, A. Christian G. Sommer, *El Reconocimiento y la ejecución.... loc. cit.*, p. 5 y ss

616 *Vid.* art. 27 del Convenio CIADI: “Ningún Estado concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

617 *Vid.* Art. 55 del Convenio CIADI: Nada de lo dispuesto en el art. 54 (carácter obligatorio y ejecución directa del laudo) se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

mecanismos jurídicos diversos, al final del sistema está el Estado que mantiene sus características y sus privilegios⁶¹⁸. La inmunidad de ejecución marca por tanto un límite al abanico de normas⁶¹⁹.

A las dificultades producidas por la naturaleza estatal de una de las partes se unen otras de contenido más procesal que resumimos a través de una reciente decisión. En la Decisión del comité *ad hoc* de poner término a la suspensión de la ejecución del Laudo dictado contra Honduras de fecha 11 de marzo de 2014 en el proceso CIADI ARB/09/4 (ELAMEX S.A. Y REPÚBLICA DE HONDURAS) el comité tomó nota de que Honduras, en sus observaciones de 1 de octubre de 2013 acerca de la ejecución del laudo bajo derecho hondureño, no parecía asignar efecto al mandato del art. 54 del Convenio del CIADI que requiere que los laudos arbitrales del CIADI gocen del mismo estatus que las decisiones finales dictadas por un tribunal existente en el Estado Contratante. El comité observó que la respuesta de Honduras trata un laudo CIADI como si fuera un laudo extranjero de arbitraje comercial internacional, sujeto a procedimientos de reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras⁶²⁰ (susceptible por tanto a la hora de tener eficacia de planear los problemas que hemos señalado en el apartado anterior). El Comité consideró necesario sujetar la suspensión de la ejecución, durante el recurso de anulación interpuesto por Honduras, a una declaración clara e inequívoca de las autoridades hondureñas que asegurara que “el derecho interno de la República de Honduras es plenamente compatible con el convenio del CIADI y que, en el evento de que la solicitud de anulación del Laudo fuese denegada, la República de Honduras cumpliría el Laudo sin demora bajo los términos específicos del art. 54 del Convenio. Honduras presentó la siguiente declaración: “El derecho interno de la República de Honduras es plenamente compatible con el Convenio del

618 Desde la perspectiva del Estado argentino, Cf. Cecilia Minaverry, “El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas: El caso argentino en el CIADI”, se puede consultar en

<http://observatorylatinamerica.org/es/programas/beca-nestor-kirchner/334-international-arbitration-as-a-dispute-resolution-mechanism-the-argentine-case-in-icsid>. Señala, haciendo referencia al caso argentino que el tema de “la ejecución de los laudos es un tema muy controvertido, ya que cubre aspectos de derecho interno y de derecho internacional. Los Estados gozan de inmunidad de ejecución lo que constituye un límite respecto a la posibilidad que a un Estado se le ejecuten (forzosamente) bienes o valores de su dominio. La Convención establece que cuando el inversionista obtiene un laudo ganador en contra de un Estado debe iniciar un proceso formal de ejecución siguiendo las normas previstas en la legislación de ese país. El artículo 54 de la Convención dice que: “El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”. Los funcionarios del gobierno argentino han dicho en reiteradas oportunidades que la ejecución de los laudos a favor de los inversores debe tramitarse en los tribunales nacionales, como si fuera una sentencia dictada por el poder judicial local contra el Estado Nacional. Mientras tanto los inversores son reacios a presentar su solicitud de pago ante los tribunales locales, argumentando parcialidad y exceso de costos. Sobre este tema se ha dicho que aquellos Estados que invoquen la inmunidad de ejecución para no cumplimentar un laudo, estarían vulnerando las obligaciones bajo el artículo 53 y 54 del Convenio, en tanto estipula la obligación de reconocer los laudos como vinculantes y ser aplicados en sus Estados. Sin embargo, desde hace tiempo se acepta que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado, no incluye ninguna renuncia automática de la inmunidad de ejecución derivada de una sentencia o laudo y así lo contempla el artículo 55 de la Convención. Debido a esta controversia, el pago de los laudos se ha convertido en una cuestión de Estado contra Estado, con negociaciones diplomáticas y sanciones.

619 Vid. B. STERN, *L’immunité d’exécution de l’État étranger*, Centre de droit international de Nanterre, 1990, 219.

620 Cf. Párr. 14 de la Decisión del comité *ad hoc* de poner término a la suspensión de la ejecución del Laudo dictado contra Honduras de fecha 11 de marzo de 2014 en el proceso CIADI ARB/09/4

CIADI y, en el evento de que la Solicitud de Anulación del Laudo sea denegada, la República de Honduras cumplirá con el Laudo bajo los términos específicos del Artículo 54 del Convenio⁶²¹, omitiendo las palabras “sin demora” al considerar que éstas excedían al contenido del Art. 54 del Convenio. ELAMEX sostenía que el Derecho hondureño no es compatible con el Convenio por los trámites adicionales requeridos para la ejecución del laudo.

Este caso describe las dificultades reales que puede encontrar una compañía para la ejecución del laudo y la posible ineficacia de la pretendida ejecución automática de los laudos CIADI. Tal y como señala el informe de los Directores Ejecutivos del Convenio, el art. 54 únicamente establece una exigencia de cumplimiento del art. 54 de conformidad con los sistemas jurídicos estatales⁶²².

¿Ejecución sin ningún control?

Observando el sistema CIADI, podemos señalar que la regulación del art. 54 del Convenio de Washington incorpora la plena equiparación entre las decisiones judiciales de los distintos Estados y los laudos CIADI no pudiendo ser éstos objeto de tratamiento diferenciado ni de ningún tipo de control intermedio por lo que se pretende una “ejecución o eficacia incondicional” en la que no se siga ni procedimiento previo, ni control alguno del laudo cuya ejecución se pretende. Esta ejecución incondicional, que ni siquiera se produce en el espacio de integración europeo⁶²³ (donde desaparece en algunos casos el proceso pero no la comprobación de determinadas condiciones), necesitaría, al menos, una seguridad amplia acerca del cumplimiento estricto

621 Cf. punto nº 20 de la Decisión.

622 Cf. punto 29 de la decisión y bibliografía allí citada: “Debido a las distintas técnicas procesales seguidas en las jurisdicciones del llamado “common law” y las que se inspiran en el derecho civil de tradición romana, así como a los distintos sistemas judiciales existentes en los Estados unitarios y en los federales u otros no unitarios, el Artículo 54 no establece ningún método especial para lograr el cumplimiento interno del laudo, sino que exige a cada Estado Contratante que cumpla las disposiciones del Artículo de conformidad con su propio sistema jurídico.” Ver también Christoph H. Schreuer con Loretta Malintoppi, August Reinisch y Anthony Sinclair, ‘The ICSID Convention: A Commentary’ (2009, 2nd ed., Cambridge University Press), pág. 1149 [“Schreuer, ICSID Convention).

623 La eficacia automática tiene lugar en el ámbito de la Unión Europea (UE) a través del Reglamento 805/2004 que establece un Título Ejecutivo Europeo, el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un Proceso Monitorio Europeo y el Reglamento 861/2007 que establece un Proceso Europeo de Escasa Cuantía. Estos textos diseñan una ejecución automática con arreglo al procedimiento nacional como si de una decisión nacional se tratara, eliminando el procedimiento de exequátur aunque manteniendo como causa de no ejecución la incompatibilidad con otra sentencia anterior y que no hubiera podido ser alegada en el proceso de origen. En los procedimientos contenciosos propiamente dichos, el Reglamento 1215/2012 prevé también una eliminación del procedimiento de reconocimiento (o exequátur) pasándose directamente al procedimiento de ejecución nacional, pero se mantienen ciertos controles específicos en la fase de ejecución (en líneas generales la comprobación de que la sentencia no viole el orden público, no se haya dictado en indefensión y no sea incompatible con otro fallo). Se ha suprimido el procedimiento de control intermedio pero se han mantenido causas muy estudiadas y controladas de no ejecución de la sentencia. *Vid.* P. de Miguel Asensio, El nuevo Reglamento Bruselas I bis: “El criterio finalmente adoptado en el RBI bis parece reflejar que las instituciones comunitarias se han dado cuenta que una cosa es la supresión de un procedimiento y otra cosa los motivos/controles a los que quede sometido el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera, de modo que la supresión del exequátur no implica la imposibilidad de subordinar la eficacia de las decisiones procedentes de otros Estados miembros a ciertos controles apropiados”

por el tribunal arbitral de las garantías procesales, un tratamiento adecuado de la superposición de procedimientos así como una armonización de las soluciones materiales que aporten criterios previsibles y de seguridad jurídica⁶²⁴.

Aunque sea lógico que no pueda realizar el control el mismo Estado condenado al pago por razones obvias, parece, sin embargo, un poco complicado pedirle a los Estados una ejecución de un laudo arbitral sin imposibilidad de supervisión alguna. En este sentido, ante la falta de pago de un Estado, la presencia de un tribunal judicial con competencia para homologar los laudos sería una medida intermedia al poder ser revisadas las condiciones mínimas que tiene que cumplir el laudo pero no ser revisadas por el Estado que tiene que cumplirlo.

Sería también importante en esta búsqueda de efectividad prestar atención a las posibles carencias del sistema que los operadores jurídicos llevan señalando desde hace tiempo y que son alegadas por algunos Estados como causa de sus incumplimientos⁶²⁵. Cuestiones como el concepto de inversión⁶²⁶, la ausencia de mecanismos adecuados para la acumulación de acciones, la ausencia de un sistema real de recursos que no garantiza ningún mecanismo de control judicial del laudo antes de ser ejecutado, la existencia de fallos contradictorios o incoherentes promovida por la carencia de una jurisprudencia uniforme o de precedentes obligatorios de tribunales internacionales de prestigio, la falta de transparencia, etc., se presentan como inconvenientes importantes a la hora de exigir al Estado una eliminación absoluta del control del laudo⁶²⁷.

Los intentos de corrección del sistema se vienen sucediendo a lo largo del tiempo. Una contribución muy reciente e importante es, por ejemplo, el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tra-

624 Haciendo referencia a estos criterios en el ámbito de la Unión europea, *vid.* P. de Miguel Asensio, "Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones", Anuario español de Derecho internacional privado, t. VI, 2006, también disponible en

<http://eprints.ucm.es/6885/1/ReconyEjecAEDIPR2006.pdf>. Señala incluso este autor (haciendo referencia al sistema de ejecución sin control nacional) cómo dentro de EEUU se mantienen ciertas posibilidades de control por parte de los tribunales del Estado requerido respecto de las decisiones procedentes de otros Estados de la Unión, pues en particular con base en la cláusula *due process* es posible verificar el respeto de ciertos estándares constitucionales.

625 *Cf.* Cecilia Minaverry, "*loc. cit.*..." "De la historia de Argentina, veremos que el CIADI y los TBIs no han funcionado de la forma prometida. No han sido eficaces en resolver las controversias para el gobierno, y fueron igualmente infructuosos para los inversores". Expone muchos de los motivos que Argentina ha utilizado como motivos de desacuerdo con los diferentes laudos (falta de transparencia, laudos contradictorios, conflictos de intereses, falta de independencia del centro, tiempo y costo del proceso, definición de la inversión, falta de instancia de apelación, foro inadecuado para temas sensibles (públicos).

626 Este concepto ha sido planteado recientemente en torno a la incorporación al mismo o no de los bonos y del efecto que esto puede tener en la reestructuración de la deuda *Vid.* J. Diez-Hochtleiner, "El arbitraje de inversiones frente a los *defaults* soberanos" (A propósito de los laudos sobre jurisdicción en los asuntos Abaclat y Ambiente Ufficio), Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales, Madrid, Tecnos, 2014, p. 131. Hace referencia igualmente este autor a las importantes repercusiones del tema señalando que la reestructuración de la deuda soberana también se ve afectada por los APPRIS y el sistema de inversiones en general. Muchos de los Tratados pueden restringir la posibilidad de reestructurar las deudas en las crisis financieras, pudiendo mermar la capacidad de las naciones para recuperarse de las crisis financieras, aumentando con ello el impacto de las crisis

627 *Vid.* para un análisis más detallado de los inconvenientes detectados, Y. Dutrey Guantes, "La regulación ...", *loc. cit.* pp. 659 y ss.

tado⁶²⁸. Dentro de los objetivos de transparencia incorpora la publicación de documentos conforme a lo prescrito en el art. 3, incorpora la posibilidad de que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (“tercero”) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio conforme al art. 4⁶²⁹, o la publicidad de las audiencias conforme al art. 6, todo ello con la excepciones recogidas en el propio tratado.

Desde la Unión Europea se muestra igualmente preocupación por realizar reformas que mejoren el equilibrio entre los derechos de los Estados a legislar y la necesidad de protección de los inversores, así como por conseguir un sistema que ofrezca transparencia, disminución de costes o una idónea designación de los árbitros⁶³⁰. Sin duda todas estas iniciativas mejorarán el sistema en el sentido de dotarlo de mayor credibilidad y coherencia.

Conclusiones

De todo lo señalado podemos concluir que la obligación de ejecutar el laudo por parte del Estado, y con ello el interés de las compañías en cobrar las deudas pendientes, puede verse paralizada por diversos motivos conectados con la naturaleza soberana del ente que ha de llevar a cabo el pago de la deuda. La no ejecución de un laudo es, posiblemente, el peor de los escenarios para el inversionista que, tras un largo proceso arbitral con unos importantes costes, ve frustrada su solicitud a pesar de tener un laudo favorable.

La obligación de los Estados de pagar sus deudas a través del sistema que ellos mismos han elegido es indiscutible y la falta de pago es un incumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante tratado y del Derecho Internacional que puede tener consecuencias que repercutan en intereses estatales.

El reconocimiento del laudo por los sistemas habituales de la contratación internacional plantea problemas, así como la ejecución incondicional en el caso de los laudos CIADI al ser el propio Estado condenado al pago el que verifica las condiciones del reconocimiento o realiza la ejecución. La homologación del laudo, en caso de impago, por un órgano judicial internacional formado por jueces de prestigio, podría añadir eficacia al sistema.

Hay que asumir la posición del Estado como ente soberano y no como mero contratante, siendo conscientes de que la voluntad de cumplimiento estatal es la herramienta más eficaz para dotar de seguridad jurídica a los inversores. En esta línea, la

628 <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>. El Reglamento sobre la Transparencia será aplicable a partir del 1 de abril de 2014.

629 La intervención de *amicus curiae* tampoco es una cuestión novedosa. Vid. T.W. WÄLDE, “The present state of research carried out by the english speaking section of the Center for studies and research”, *New aspects of international investment law*, Martines Nijhoff Publishers, 2004, p. 146, quien señala cómo los aspectos públicos de la controversia hace que entren más actores en escena.

630 Vid. Fact Sheet on Investment Protection and Investor-to-Satete Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements, <http://trade.es.europa.eu>.

transparencia y coherencia del sistema son requisitos necesarios para poder reclamar a los Estados el cumplimiento de las obligaciones que han asumido, siendo la corrección de los inconvenientes que se señalan por los actores involucrados una importante tarea pendiente.

La educación ambiental en los principales medios de comunicación de Monterrey, Nuevo León, de María Teresa Cervantes Loredo, terminó de imprimirse en noviembre de 2012, en los talleres de la imprenta Universitaria de la UANL. En su composición se utilizaron los tipos NewBskvll BT 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 48. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la autora. Formato interior y diseño de portada de Jéssica.

