



REVISTA DE INVESTIGACIÓN
en Ciencias Jurídicas

Volumen 1 | N° 1 Julio - Septiembre 2018



J





REVISTA DE INVESTIGACIÓN
en Ciencias Jurídicas

Volumen 1 | N° 1 Julio - Septiembre 2018



J



PRELIMINARES



CONTACTO

Dirección postal

Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador
Ciudadela La Martina, frente al terminal terrestre de Durán, Manzana B8, Solar # 4
Telf.: (593) 4 2037524, celular: 099 680 0630
e-mail: www.cidecuador.com

Código Postal: 090701

Contacto principal

MSc. Karen Abigail Sequeiros Olivares/Editor
Teléfono: (591) 65121545 Correo electrónico: editor@revistalex.org

Contacto de asistencia

Ernesto L. Ravelo Contreras
Teléfono: (59 1) 327 73 00
Correo electrónico: editor@revistalex.org

Información legal

ISSN: 2631-2735
Periodicidad: Trimestral

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR/EDITOR

MSc. Karen Abigail Sequeiros Olivares, Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador, Ecuador

CONSEJO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Dr. Juan Sebastián Vera Sánchez, Universidad Austral de Chile, Chile.
Dra. Andrea Alarcón Peña, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.
Dr. Gerardo Favio Bernales Rojas, Universidad De Talca, Chile.

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Verónica Lidia Martínez, Universidad Anáhuac, México
MSc. José María López Domínguez, Universidad San Gregorio, Ecuador
MSc. Javier Antonio Artilles Santana, Universidad San Gregorio, Ecuador
MSc. Simón Bolívar Flores de Valgas Cedeño, Universidad San Gregorio, Ecuador
MSc. Dayton Francisco Farfán Pinoargote, Universidad San Gregorio, Ecuador

EVALUADORES PARES

Msc. Claudio Ramírez Arévalo, Defensoría del Pueblo, Colombia
MSc. Eduardo Argudo González, Universidad de Guayaquil, Ecuador
MSc. Jorge Enrique Mármol Palacios, Universidad de Guayaquil, Ecuador
MSc. Leonor Murillo Sevillano Universidad de Guayaquil, Ecuador
MSc. Jorge Luís Villacreces, Universidad de San Gregorio, Ecuador



EQUIPO TÉCNICO

Diagramadora

Alba Gil

Diseñador

Danissa Colmenares

Traductores

Ninoska Hernández González

POLÍTICA

Enfoque y Alcance

Misión

La Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas **Lex**, tiene como propósito lograr la difusión y divulgación de los avances y resultados de las investigaciones científicas y humanísticas del hecho Jurídico, con un enfoque transdisciplinario en el contexto nacional e internacional en todo lo relacionado con el mundo de las leyes.

Alcance

La revista **Lex**, es un nuevo medio de divulgación científica, humanística, especializada en el área de Ciencias Jurídicas, creada por el Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador, bajo la orientación o modalidad de acceso abierto. Esta revista persigue posicionarse en los principales portales de indización, a través de las investigaciones científicas de calidad que se publicaran en ella. Posee además, un alcance internacional, y se mantiene abierta a todos los docentes e investigadores en el quehacer científico.

La revista **Lex** es una publicación periódica de aparición trimestral, en español, arbitrada bajo el sistema de doble ciego; es una revista de acceso abierto. Tiene como propósito lograr la difusión y divulgación de los avances y resultados de las investigaciones científicas y humanísticas del hecho jurídico, con un enfoque transdisciplinario dentro del contexto nacional e internacional.

La revista está dirigida a investigadores, docentes, estudiantes y público en general involucrados en el hecho Jurídico. Los artículos recibidos por **Lex** serán revisados, arbitrados y aceptados, según los resultados arrojados por la evaluación para su posterior edición y publicación.

El proceso de edición **Lex**, se encuentra sometido bajo las normas y los estándares de control de calidad, garantizando la originalidad, pertinencia y actualidad de los artículos aceptados y publicados a través del establecimiento de principios de ética y políticas de detención de plagio.

Políticas de sección

Investigación. Bajo este rubro, los trabajos deberán contemplar criterios como el diseño pertinente de la investigación, la congruencia teórica y metodológica, el rigor en el manejo de la información y los métodos, la veracidad de los hallazgos o de los resultados, la discusión de

PRELIMINARES



resultados, conclusiones, limitaciones del estudio y, en su caso, prospectiva. La extensión de los textos deberá ser de 15 cuartillas mínimo y 25 máximo, incluidas gráficas, notas y referencias. Las páginas deberán ir numeradas y estar escritas a espacio y medio.

Reseñas de libros. Deberán aproximarse de manera crítica a las ideas, argumentos y temáticas de libros especializados. Su extensión no deberá exceder las tres mil palabras, calculadas con el contador de Word, incluidas gráficas, notas y referencias. Las páginas irán numeradas, con interlínea de espacio y medio.

Reseña de revistas. Se referirán revistas nacionales o internacionales cuya temática sea de interés para la comunidad científica. Deben estructurarse con: Título, resumen en inglés y español, descripción del área temática, tipo de artículo y periodicidad, editorial, Institución, país, localización. Máximo 2 páginas.

Reseña de tesis y trabajos de grado. Se referirán trabajos de investigadores de las universidades. Deben estructurarse con: Título, autor (es), resumen del trabajo de investigación en español inglés (abstract) con las palabras claves, tipo de tesis (Doctoral, Maestría), tutor, departamento, universidad, fecha de aprobación. Máximo 2 páginas.

Reseña de páginas web, blogs y otros documentos electrónicos: se referirán a trabajos o referencias de trabajos publicados en Internet que sean de interés para el campo académico e investigativo. Deben estructurarse en: título, autor (es) de la revisión, breve información sobre el contenido, especificación de dirección(es) electrónicas y los aportes que justifican dicha referencia. Máximo 4 páginas.

Eventos. Los profesionales e investigadores que asistan a eventos científicos nacionales o internacionales divulgarán las ponencias, conferencias, foros, simposios entre otras actividades que se hayan sido presentadas o por presentar en un evento. El archivo debe ir estructurado de la siguiente manera: objetivos, resultados, conclusiones y propuestas generados en los mismos. Deben señalar datos de identificación: nombre del evento, lugar, fecha y objetivos. También forman parte de esta sección, la promoción y difusión de Jornadas, Congresos, Reuniones y Conferencias nacionales e internacionales de interés para los lectores. Máximo tres cuartillas.

Proceso de evaluación por pares

El tiempo estimado desde la aceptación del trabajo por los evaluadores hasta la publicación se estima de tres (3) meses. La Revista *Lex* del CIDE, se reserva el derecho de sugerir modificaciones formales a los artículos que sean aceptados para su publicación. Todos los textos enviados deben regirse por las Normas APA *para la presentación de artículos*.

Este sistema de control de calidad se desarrolla durante todo el proceso editorial de la revista en formato digital, de la siguiente manera:

- Inicia con el proceso de recepción de las propuestas de artículos que realiza el (los) autor (es). Seguidamente, el artículo es evaluado de forma rigurosa por el Comité Editorial previendo que posea los parámetros de estructura claridad de los objetivos, coherencia de las ideas, pertinencia de la metodología, solidez de los resultados y discusión, conclusiones y referencias, en función de garantizar la pertinencia, originalidad del

aportes, rigurosidad científica y la ética en el proceso editorial, reservándose el comité el derecho de remitir a expertos en la temática planteada.

- Posteriormente, se asignarán dos pares externos a la institución editora, nacionales o internacionales, como evaluadores del artículo bajo la modalidad doble ciego, y en caso de presentarse desacuerdo en los conceptos, se asignará un tercer par evaluador para dirimir los desacuerdos; son ellos quienes realizarán observaciones y emitirán un dictamen en términos de: (a) Aceptado para publicación, (b) Pendiente de publicación, o (c) No se acepta para publicación.
- Finalmente, el artículo es publicado en el número correspondiente al que se encuentre estructurado en función de temas actuales y pertinentes. Es por ello, que la propuesta de artículos es ingresada a nuestro sistema respondiendo a los parámetros establecidos por el Comité Editorial.

En el proceso de arbitraje se tienen en cuenta los siguientes criterios:

1. Cumplimiento de las normas del manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA).
2. Pertinencia de la temática con el área de cobertura de lo publicado en la Revista *Lex*.
3. Aporte de nuevos conocimientos teóricos y prácticos sobre la temática trabajada.
4. Rigurosidad y objetividad con la temática abordada.
5. Uso adecuado, claro y coherente del idioma escrito.
6. Actualización y vigencia del respaldo referencial informado (cinco últimos años).

Normas de entrega

El autor deberá descargar del sitio web de la revista, llenar y adjuntar a su contribución el formato único que integra la siguiente información:

- Solicitud de evaluación del artículo. La declaración de autoría individual o colectiva (en caso de trabajos realizados por más de un autor); cada autor o coautor debe certificar que ha contribuido directamente a la elaboración intelectual del trabajo y que lo aprueba para ser evaluado por pares a ciegas y, en su caso, publicado. Declaración de que el original que se entrega es inédito y no está en proceso de evaluación en ninguna otra publicación. Datos: nombre, grado académico, institución donde labora, domicilio, teléfono, correo electrónico.
- Currículo resumido del autor que no exceda de 5 líneas, en hoja aparte.
- El trabajo y los documentos solicitados arriba se enviarán a la dirección electrónica: editor@revistalex.org
- Los trabajos deberán presentarse en tamaño carta, con la fuente Arial de 12 puntos, a una columna, y en mayúsculas y minúsculas.
- El título deberá ser en trilingüe (español, inglés y portugués) y no podrá exceder las 15 palabras.

PRELIMINARES

- Toda contribución deberá ir acompañada de un resumen en español que no exceda de 150 palabras, con cinco a seis palabras clave que estén incluidas en el vocabulario controlado del IRESIE, más la traducción de dicho resumen al inglés (abstract) con sus correspondientes palabras clave o key words y Portugués Resumo (obsérvese la manera correcta de escribir este término).
- Las palabras clave se presentarán en orden alfabético. Todos los trabajos deberán tener conclusiones.
- Los elementos gráficos (cuadros, gráficas, esquemas, dibujos, fotografías) irán numerados en orden de aparición y en el lugar idóneo del cuerpo del texto con sus respectivas fuentes al pie y sus programas originales. Es decir, no deberán insertarse en el texto con el formato de imagen.
- Las fotografías deberán tener mínimo 300 dpi de resolución y 140 mm de ancho.
- Se evitarán las notas al pie, a menos de que sean absolutamente indispensables para aclarar algo que no pueda insertarse en el cuerpo del texto. La referencia de toda cita textual, idea o paráfrasis se añadirá al final de la misma, entre paréntesis, de acuerdo con los lineamientos de la American Psychological Association (APA).
- La lista de referencias bibliográficas también deberá estructurarse según las normas de la APA y cuidando que todos los términos (&, In, New York, etcétera) estén en español (y, En, Nueva York, etcétera).
- Todo artículo de revista digital deberá llevar el DOI correspondiente, y a los textos tomados de páginas web modificables se les añadirá la fecha de recuperación. A continuación se ofrecen algunos ejemplos.

Libro

- Skinner, B. F. (1971). *Beyond freedom and dignity*. Nueva York, N. Y.: Knopf.
- Ayala de Garay, M. T., y Schwartzman, M. (1987). *El joven dividido: La educación y los límites de la conciencia cívica*. Asunción, pa: Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP).

Capítulo de libro

- Helwig, C. C. (1995). Social context in social cognition: Psychological harm and civil liberties. En M. Killen y D. Hart (Eds.), *Morality in everyday life: Developmental perspectives* (pp. 166-200). Cambridge, ru: Cambridge University Press.

Artículo de revista

- Gozálvez, V. (2011). Educación para la ciudadanía democrática en la cultura digital. *Revista Científica de Educomunicación* 36(18), 131-138.

Artículo de revista digital

- Williams, J., Mark G., y Kabat-Zinn, J. (2011) *Mindfulness: Diverse perspectives on its meaning, origins, and multiple applications at the intersection of science and dharma*. *Contemporary Buddhism* 12(1), 1-18. Doi: 10.1080/14639947.2011.564811

Fuentes electrónicas

Sistema Regional de Evaluación y Desarrollo de Competencias Ciudadanas (2010). Sistema Regional de Evaluación y Desarrollo de Competencias Ciudadanas. Recuperado de: http://www.sredecc.org/imagenes/que_es/documentos/SREDECC_febrero_2010.pdf
Ceragem. (N. d.). Support FAQ. Recuperado el 27 de julio de 2014, de: <http://basic.ceragem.com/customer/customer04.asp>

Frecuencia de publicación

Trimestral

Política de acceso abierto

La Revista de Investigación Ciencias Jurídicas **Lex**, en su misión de divulgar la investigación y apoyar el conocimiento y discusión en los campos de interés proporciona acceso libre, inmediato e irrestricto a su contenido de manera libre mediante la distribución de ejemplares digitales. Los investigadores pueden leer, descargar, guardar, copiar y distribuir, imprimir, usar, buscar o referenciar el texto completo o parcial de los artículos o de la totalidad de la Revista, promoviendo el intercambio del conocimiento global.

La Revista de Investigación Ciencias Jurídicas **Lex**, se acoge a una licencia Creative Commons (CC) de Atribución – No comercial – Compartir igual, 4.0 Internacional: “El material creado puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original”.

Para más información: <http://co.creativecommons.org/tipos-de-licencias/>
Las licencias CC se basan en el principio de la libertad creativa con fines académicos, científicos, culturales. Las licencias CC complementan el derecho de autor sin oponerse a este.

Derechos de autor

Al enviar los artículos para su evaluación, los autores aceptan que transfieren los derechos de publicación a la Revista de Investigación Ciencias Jurídicas **Lex**, para su publicación en cualquier medio. Con el fin de aumentar su visibilidad, los documentos se envían a bases de datos y sistemas de indización, así mismo pueden ser consultados en la página web de la Revista: www.revistalex.org Por último, la Revista se acoge en todo lo que concierne a los derechos de autor, al reglamento de propiedad intelectual del Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador el cual se encuentra en la siguiente dirección: www.cidecuador.org

Principios éticos y buenas prácticas

Los artículos publicados en la Revista de Investigación Ciencias Jurídicas **Lex**, son sometidos al cumplimiento de los principios éticos contenidos en las diferentes declaraciones y legislaciones sobre propiedad intelectual y derechos de autor específicos del país donde se realizaron el estudio. Por tal motivo los investigadores o autores de los artículos aceptados para publicar y

PRELIMINARES



que presentan resultados de investigaciones, deben descargar y firmar la declaración de originalidad, de cesión de derechos y de cumplimiento total de los principios éticos y las legislaciones específicas.

Antiplagio

Todos los artículos sometidos a revisión en la Revista **Lex** son inspeccionados por una disciplinada política antiplagio que vela por la originalidad de los artículos. Para ello se utilizan distintos servicios especiales que analizan los textos en busca de coincidencias gramaticales y ortotipográficas, lo que garantiza que los trabajos sean inéditos y que cumplan con los estándares de calidad editorial que avalen producción científica propia.

Revista **Lex** como publicación que busca excelencia a nivel internacional, se inspira en el código ético del Comité de Ética de Publicaciones (COPE), dirigido a editores, revisores y autores.

RESPONSABILIDADES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos enviados a **Lex** certifican que el trabajo es original e inédito, que no contiene partes de otros autores ni de trabajos ya publicados por los autores. Además, confirman la autenticidad de los datos y que no han sido alterados.

- El autor no debe publicar artículos en los que se repitan los mismos resultados en más de una revista científica u otra publicación académica o de otro carácter. La propuesta simultánea a múltiples revistas científicas de un mismo trabajo es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- El autor debe suministrar siempre la correcta indicación de las fuentes y aportes a los que se hace mención en el artículo.
- Los autores garantizan la inclusión de las personas que han contribuido de manera científica e intelectual en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se jerarquiza el orden de aparición de los autores de acuerdo a su nivel de responsabilidad e implicación.
- En caso de que el Consejo Editorial lo considere apropiado, los autores de los artículos deben poner a disposición también las fuentes o datos en los que se basa la investigación, que puede conservarse durante un período razonable de tiempo después de la publicación y posiblemente hacerse accesible.
- Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no hay conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Cuando un autor identifica un error en su artículo, deberá inmediatamente informar a los editores de la revista y proporcionar toda la información necesaria para realizar las correcciones pertinentes. - La responsabilidad del contenido de los artículos publicados en la Revista **Lex** es exclusiva de los autores.

COMPROMISOS DE LOS REVISORES

La revisión por pares es un procedimiento que ayuda a los editores para tomar decisiones sobre los artículos propuestos y también permite al autor mejorar la calidad de los artículos enviados para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva y sin sesgo, tanto de la calidad científica como de la calidad literaria del escrito en el campo de sus conocimientos y habilidades.

- El revisor que no se sienta competente en la temática a revisar o que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado, deberá notificar de inmediato a los editores. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el menor tiempo posible para respetar los plazos de entrega, dado que en *Lex* los límites de custodia de los manuscritos en espera son limitados e inflexibles por respeto a los autores y sus trabajos.
- Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso de los editores. Impugnables.
- La revisión por pares debe realizarse de manera objetiva. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para cada una de sus valoraciones, utilizando siempre la plantilla de revisión. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de *Lex* y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Para garantizar que el proceso de revisión sea lo más objetivo, imparcial y transparente posible, la identidad de los autores se suprime antes de ser enviados los trabajos a revisión por pares. Si se da el caso de que por alguna razón se ha visto comprometida la identidad de los autores, sus filiaciones institucionales o algún otro dato que ponga en riesgo la anonimidad del documento, el revisor debe notificar de inmediato a los editores.

Visibilidad

Financiada por el Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE)
Publicada bajo la licencia Creative Commons

Autoarchivo

Una vez se disponga del documento en PDF editado, el autoarchivo se deposita en los sistemas de información:

Open Journal System (OJS).

Repositorio del Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE).



Estadísticas

Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores/as están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores/as aquellos envíos que no cumplan estas directrices:

- Se debe adjuntar una carta de presentación del artículo dirigida al editor de la Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas, **Lex** firmada por todos los autores del mismo, en la cual se indique que el documento es original, que no ha sido publicado y que no se ha presentado simultáneamente a otra revista para su publicación.
- El archivo de envío está en formato Open Office, Microsoft Word, WordPerfect.
- Siempre que sea posible, se proporcionan direcciones URL para las referencias.
- El texto tiene interlineado doble; 12 puntos de tamaño de fuente; se utiliza cursiva en lugar de subrayado (excepto en las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas se encuentran colocadas en los lugares del texto apropiados (no al final).
- El texto se adhiere a los requisitos estilísticos y referenciales resumidos en las Directrices del autor, que aparecen en el enlace "Acerca de la revista".
- Se debe adjuntar, en un documento diferente, una página de presentación con los nombres de los autores, su filiación académica y los datos del autor de contacto.
- Se debe registrar en el sistema OJS todos los metadatos de cada uno de los autores del artículo (nombres completos, código ORCID, datos de contacto, formación académica, índice H, entre otros).

Aviso de derechos de autor/a

Al enviar los artículos para su evaluación, los autores aceptan que transfieren los derechos de publicación a la Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas, **Lex** para su publicación en cualquier medio. Con el fin de aumentar su visibilidad, los documentos se envían a bases de datos y sistemas de indización, así mismo pueden ser consultados en la página web de la Revista: <http://revistalex.org> Por último, la Revista se acoge en todo lo que concierne a los derechos de autor, al reglamento de propiedad intelectual del Centro de Investigación y Desarrollo del Ecuador (CIDE), el cual se encuentra en la siguiente dirección: <https://www.cidecuador.org>

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines. Además la Revista Lex no se hace responsable por las opiniones de juicios emitidos por los autores y resultados de sus investigaciones.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	12
COLABORACIONES	
• Verónica Lidia Martínez Martínez. Desarrollo procedimental de las controversias en seguridad social. <i>Procedural development of social security disputes</i>	14
• Alan E. Vargas Lima. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia. <i>Constitutionality and conventionality control block in Bolivia</i>	29
• Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. La Prueba como derecho; Fundamentos y Características Constitucionales en Colombia. <i>The Test as a right; Fundamentals and Constitutional Characteristics in Colombia</i>	47
• Claudia Lorena Morffi Collado y Grisel Galiano Maritan. La reproducción humana asistida: Un desafío ad cautelam para el Derecho. <i>Assisted human reproduction: An ad cautelam challenge for Law</i>	64
• Luis Oswaldo Ordóñez Pineda. El hábeas data: mecanismo de garantía procesal frente a las nuevas tecnologías. <i>Habeas data: procedural guarantee mechanism against new technologies</i>	75



La Revista *Lex*, a través del Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador, CIDE, presenta el primer número de producciones académicas arbitradas, de circulación trimestral, siendo esta, la expresión intelectual, académica e investigativa de campo jurídico. En tal sentido, fungen como órganos de promoción y difusión de ideas, experiencias y resultados de investigaciones en el área del conocimiento jurídico, que realizan los investigadores en beneficio del desarrollo intelectual; así, cumplirán el debido proceso para ser indexadas de acuerdo a los criterios normas y estándares nacionales e internacionales, para su reconocimiento en términos de calidad, con el fin de mantenerse comprometida con la producción intelectual. Por tanto, la revista se encontrará organizada en varias secciones, entre las cuales están las colaboraciones que contienen artículos científicos de carácter nacional e internacional, sistematizando experiencias e investigaciones que enaltecen el legado científico en América Latina.

Las publicaciones periódicas que se generan trimestralmente, son producto de las actividades académico-investigativas de sus autores; también son acreditadas y registradas con el sello editorial del CIDE. Por otra parte, las publicaciones en la Revista *Lex* tienen como objetivo comunicar, debatir y reflexionar sobre temas jurídicos actualizados, tanto de interés nacional, como internacional, con pertinencia social y desarrollo socio-productivo; tomando en cuenta las líneas institucionalizadas de investigación. De allí, que la divulgación del conocimiento, saberes, experiencias y actividad inherente al desarrollo académico e investigativo del CIDE, permiten evaluar su producción intelectual.

Asimismo, es importante destacar que ésta, se sustenta en objetivos académicos y científicos, con publicaciones inéditas en la creación de espacios para el diálogo, generación de nuevas experiencias, saberes y conocimiento, que impulsan el desarrollo integral de las diferentes entidades territoriales y del hombre, a través del desarrollo e implementación de las normas legales estatuidas, plasmadas en el Contrato Social de Rousseau; requerimiento de la sociedad, en un Estado de Derecho, que asegure libertades para la convivencia humana.

Por tanto, permitirá la apertura de nuevos canales informativos, para la divulgación y discusión crítica en materia jurídica, a fin de enriquecer y fortalecer el trabajo inter y transdisciplinaria, dándole un impulso a los procesos de aprendizaje colaborativo e internacional, en virtud de la integración académica latinoamericana y mundial.

Es así que, *Lex*, es una revista cuya periodicidad de publicación es trimestral, en el idioma español, utiliza el sistema de arbitraje de pares ciegos, lo que hace que sus procesos editoriales se encuentran sometidos a las más exhaustivas y exigentes normas de control de calidad, garantizando la originalidad, pertinencia y actualidad de los artículos publicados a través del establecimiento de principios de ética.

En su primera edición destaca, tópicos actualizados y de interés en la investigación jurídica Latinoamericana, como: El Desarrollo Procedimental de las controversias en seguridad social; el Control Constitucional por omisión legislativa regulado en la constitución política de Ecuador y el Derecho Comparado; Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia. Diálogo jurisprudencial a nivel nacional e interamericano; la Prueba como Derecho:

Fundamentos y Características Constitucionales en Colombia y Reproducción Humana asistida: Un desafío ad cautelam para el Derecho. Estudios, cuyos tópicos, estimulan la polémica investigativa, debido a lo interesantes y debatidas temáticas que inducen al desarrollo cognitivo.





Desarrollo procedimental de las controversias en seguridad social

Procedural development of social security disputes

Verónica Lidia Martínez Martínez
marb_cap@hotmail.com

Universidad Anáhuac, Campus Norte de la Ciudad de México

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivos analizar la anomia, deficiencias y contradicciones existentes en la Constitución mexicana y en la legislación laboral, en lo concerniente a los conflictos de seguridad social. La investigación de tipo documental y teórica-descriptiva, apoyada en la teoría de los ámbitos de validez de la norma de Hans Kelsen, expone como principales problemas la falta de reconocimiento constitucional de las controversias de seguridad social y su equívoca regulación en la legislación laboral bajo el procedimiento de naturaleza especial. Por supuesto, fue fundamental el análisis de las iniciativas de reforma que se han propuesto con la finalidad de crear la normatividad secundaria que reglamente la judicialización de la justicia laboral aprobada en 2017. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió de la consulta de fuentes especializadas en derecho laboral, derecho de la seguridad social y teoría del derecho bajo el amparo de los métodos deductivo y comparado, nos permitieron concluir que los conflictos laborales y los conflictos de seguridad social deben regularse de manera independiente en la ley laboral y en las leyes de seguridad social respectivamente, encomendándose su tramitación y resolución a organismos especializados en esas materias pues, a pesar de formar parte del derecho social, sus ámbitos objetivos, subjetivos y normativos son diversos; además, de tener instituciones propias y responder a necesidades disímiles que hacen necesaria una regulación procedimental acorde con su naturaleza y principios jurídicos.

Palabras clave: Justicia laboral, conflictos de seguridad social, derecho laboral, derecho de la seguridad social, procedimientos

ABSTRACT

Taking as a frame of reference the labor reform carried out in Mexico in 2017, this research has as objectives to analyze the anomie, deficiencies and contradictions existing in the Mexican Constitution and in labor legislation regarding social security conflicts. The investigation of documentary and theoretical-descriptive type, supported by the theory of the areas of validity of the Hans Kelsen standard, exposes as main problems the lack of constitutional recognition of social security disputes and its ambiguous regulation in the labor legislation under the procedure of special nature. Of course, the analysis of the reform initiatives that have been proposed with the purpose of creating the secondary regulations that regulate the judicialization of labor justice approved in 2017 was fundamental. From the methodological point of view, the investigation required the consultation of specialized sources in labor law, social security law and theory of law under the protection of deductive and comparative methods, allowed us to conclude that labor conflicts and social security conflicts should be regulated independently in the labor law and in the social security laws respectively, entrusting their processing and resolution to specialized agencies in these matters because, despite being part of social law, its objective, subjective and regulatory areas are diverse; in addition, to have their own institutions and respond to dissimilar needs that make procedural regulation necessary according to their nature and legal principles.

Key words: labor justice, social security conflicts, labor law, social security law, procedures

INTRODUCCIÓN

El 28 de abril de 2016 el ejecutivo federal presentó ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión la iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. La iniciativa presidencial propuso una reforma al derecho procesal del trabajo que descansaba en dos premisas básicas: (Cámara de Diputados, 2016, p. 6): a. El replanteamiento de la función conciliatoria, de manera que constituya una instancia prejudicial a la cual los trabajadores y patrones deberán acudir. b. La justicia laboral sea impartida en lo sucesivo por órganos del Poder Judicial Federal o de los poderes judiciales locales, según corresponda. Así, ambas propuestas hoy son una realidad ante la aprobación del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017.

En tal sentido, en el ámbito procesal, el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral presenta dos principales problemas: El primero de los inconvenientes consiste en la falta de reconocimiento constitucional de los conflictos de seguridad social, a pesar de que al día de hoy, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje se encarga de su tramitación y resolución, como lo demuestra la base estadística que reportan las 66 Juntas Especiales que componen la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, los conflictos individuales de seguridad social interpuestos al 31 de julio de 2017.

Cuadro 1. Conflictos individuales de seguridad social interpuestos al 31 de julio de 2017

Fases	Total de asuntos laborales	SEGURIDAD SOCIAL			Total de asuntos de seguridad social
		IMSS	AFORES	INFONAVIT	
Instrucción	138,669	40,625	15,869	3,246	59,740
Dictamen	38,451	21,673	9,987	2,401	34,061
Amparo	33,066	8,105	2,429	411	10,945
Laudo	33,118	15,379	25,816	4,170	45,365
Ejecución	19,444	14,075	13,921	1,925	29,921
Total	262,748	99,857	68,022	12,153	180,032

Fuente: Elaborado por la Autora, sobre la base en la información estadística proporcionada por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje al 30 de julio de 2017.

En tanto que, el segundo problema consiste en el incumplimiento al artículo segundo transitorio del referido Decreto, que dispone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo, esto es, al 25 de febrero de 2018. (Cámara de Diputados, 2017,

p. 3). Por lo que, hasta este momento en México, en contravención al artículo segundo transitorio del decreto del 24 de febrero de 2017, no se han creado los órganos del Poder Judicial Federal, ni de los poderes judiciales locales que tendrán a su cargo la tramitación y resolución de las controversias laborales, como tampoco se ha expedido el ordenamiento que regule la parte

procedimental de la reforma constitucional ante la judicialización de la justicia laboral en México.

Tal y como se expone en este estudio, que tiene por objetivo general analizar la anomia, deficiencias y contradicciones existentes en la Constitución mexicana y en la legislación laboral en lo concerniente a los conflictos de seguridad social, se han presentado tres iniciativas para materializar la reforma constitucional de 2017, pero sólo dos de ellas están dirigidas a reglamentar la interposición, tramitación y resolución de las controversias de seguridad social mediante procedimientos especules laborales, lo cual constituye el segundo problema que se aborda en este trabajo con base en la teoría de los ámbitos de validez de la normas jurídicas sostenida principalmente por Hans Kelsen.

Y es que a pesar de que el derecho laboral y el derecho de la seguridad social son parte del derecho social, sus marcos teóricos y jurídicos, instituciones, objetos de protección, elementos subjetivos y objetivos al ser disimiles ameritan de una regulación propia y de órganos especializados en su resolución. De nueva cuenta la reforma laboral del 2017 viene a reiterar el perenne error en el que hemos vivido: someter el derecho de la seguridad social al derecho laboral, cuando la realidad nos ha demostrado que su contenido es insuficiente para dar cuenta del multifacético y evolutivo derecho de la seguridad, cuya mayoría de edad e independencia del derecho obrero es más que evidente en el mundo fáctico y jurídico, por lo que amerita tener una regulación especializada en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

Importancia del problema

Los derechos a organización y procedimiento resultan ser los medios para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar

eficazmente tales derechos en vista de la problemática moderna (Alexy, 2002, p. 468.). De tal forma que, os procedimientos al ser sistemas de reglas o principios para la obtención de un resultado, cuando éstos se producen conforme a los parámetros establecidos, entonces, desde el aspecto procedimental presentan una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa (Alexy, 2002, p. 457). Es indispensable que todo derecho sustantivo o material no sólo se respete, sino que se instituyan los mecanismos procesales para su protección jurídica efectiva que garanticen al individuo la posibilidad de acceder a instancias jurisdiccionales y administrativas ante su violación.

La ausencia de procedimientos en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado constituye uno de los principales obstáculos para lograr que los asegurados, pensionados y sus beneficiarios puedan acceder a las prestaciones en dinero y en especie establecidas en cada uno de los seguros sociales, las cuales deben otorgarse con la debida oportunidad y prontitud, debido a que el primer tipo de beneficios, en la mayoría de los casos, son sustitutivas del salario ante la imposibilidad del asegurado de laborar; en tanto que las prestaciones en especie su finalidad es restituir la salud del derechohabiente o proveer de los medios para atender y controlar los padecimientos, secuelas y limitaciones que sean irreversibles. De ahí que el derecho a la seguridad social al involucrar una serie de prestaciones básicas e indispensables para asegurar la subsistencia digna del individuo y de su familia constituye una parte fundamental del mínimo vital. Pero, con independencia de la finalidad de las prestaciones de seguridad social, no debemos olvidar que no se trata de derechos de papel, ni dádivas gubernamentales o ingresos de los

organismos de seguridad social, sino de auténticos derechos adquiridos y financiados por todos los que contribuyen para su permanencia y capitalización, por lo que, cumplidos los requisitos consignados en las leyes de seguridad social, deben otorgarse a sus legítimos titulares.

METODOLOGÍA

Desde el punto de vista metodológico, la investigación de tipo documental y a nivel teórico-descriptivo comienza con el análisis de la Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, debido a que en este documento se expusieron las razones que detonaron el cambio de paradigma en el derecho procesal del trabajo, al decretarse la creación de los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial Federal y de los poderes judiciales a nivel local, a los que se encomienda la tramitación y resolución de las controversias laborales en sustitución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje dependientes del ejecutivo federal, olvidándose de la regulación de los conflictos de seguridad social.

De igual manera, una parte medular del trabajo lo constituyó la revisión de las iniciativas que se han presentado ante la Cámara de Senadores durante los años de 2017 y 2018, las cuales tienen como objetivo la creación del marco institucional y procedimental, bajo los que se han de tramitar y resolver los conflictos laborales y las controversias de seguridad social ante el nuevo modelo de justicia laboral implantado como resultado de la reforma constitucional aprobada en México en 2017.

En cuanto al material documental empleado en esta investigación fue el relativo al derecho procesal del trabajo y el derecho de la seguridad social, así como el existente en el ámbito de la teoría del derecho. A pesar de

resultar escasa la literatura en lo referente a los conflictos de seguridad social y a la reforma laboral de 2017, las fuentes bibliohemerográficas fueron útiles para identificar los elementos normativos, subjetivos y objetivos del derecho de la seguridad social y del derecho laboral, así como establecer las principales características de los conflictos laborales y de los conflictos de seguridad social para proceder a su diferenciación.

Dentro de la teoría del derecho la revisión de lo que doctrinalmente se ha denominado como anomia constitucional y la teoría de los ámbitos de validez de las normas jurídicas fue fundamental, ya que por una parte, nos permitió exponer las principales deficiencias de la reforma laboral aprobada en 2017 en lo concerniente a la interposición, tramitación y resolución de los conflictos de seguridad social, y por la otra, fue empleada para proponer las posibles soluciones a la problemática que se expone en este trabajo.

RESULTADOS

Ante la judicialización de la justicia laboral instaurada por la reforma constitucional de 2017, en la que se encomienda la resolución de las diferencias entre trabajadores y patrones a los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o a los poderes judiciales de las entidades federativas, según corresponda, concretamente el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, publicado el 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación, dispone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deben realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a lo previsto en el referido Decreto, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo, esto es, al 25 de

febrero de 2018 (Cámara de Diputados, 2018, p. 3)

Al día de hoy, para cumplimentar la reforma laboral en materia de justicia laboral, las legislaturas de los Estados de Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas se han limitado en sus textos constitucionales a atribuir a los poderes judiciales de las Entidades Federativas competencia para tramitar y resolver los conflictos entre trabajadores y patrones, existiendo un vacío legal en lo concerniente a la interposición, tramitación y resolución de las controversias de seguridad social.

En cuanto a la expedición de la ley secundaria que haga operativa la reforma constitucional en materia de justicia laboral se han presentado ante la Cámara de Senadores tres iniciativas legislativas durante los años de 2017 y 2018.

Bajo la denominación de Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman la Ley de Amparo, adecuando la reforma del artículo 107 constitucional a su ley reglamentaria y la Ley Federal del Trabajo, el senador Luis Sánchez Jiménez la presentó en 2017 ante la Cámara de Senadores. En este documento se retoma el procedimiento especial laboral destinado al reclamo de las prestaciones establecidas en los seguros de maternidad, retiro, cesantía en edad avanzada, guarderías y prestaciones sociales pertenecientes al régimen obligatorio que regula la Ley del Seguro Social y sus disposiciones reglamentarias, así como el procedimiento especial laboral para demandar las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, enfermedades e invalidez que reglamentan dichas disposiciones normativas, tal y como fueron instaurados en la reforma laboral de 2012, pero su resolución estará a cargo del Tribunal Laboral Unitario

de Circuito en sustitución de las Juntas Especiales que integran la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (Cámara de Diputados, 2017, pp. 1-198).

De esta manera, tratándose del primer tipo de controversias de seguridad social, constituyen la expresión más rotunda de la concentración procesal, pues salvo que se hayan ofrecido pruebas en la demanda y contestación que ameriten desahogo especial, este tipo de reclamos se plantean en la primera audiencia --única en términos generales-- en la que se celebran las etapas de conciliación, demanda y excepciones, pruebas y resolución.

En el caso concreto de los conflictos individuales de seguridad social interpuestos para demandar las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, enfermedades generales o un estado de invalidez, el procedimiento tendrá ciertas peculiaridades ante la naturaleza de las probanzas que se ofertan, las cuales se trata principalmente de periciales médicas, periciales técnicas y visitas armadas al último centro de trabajo del asegurado o pensionado. De entrada, las partes designarán a sus peritos médicos en la demanda y en la contestación de la misma, teniendo un plazo de diez días hábiles contados a partir de la celebración de la audiencia inicial para que los peritos acepten y protesten el cargo conferido y expresen en forma justificada los requerimientos necesarios para la emisión del correspondiente dictamen (Cámara de Diputados, 2017, p. 161).

Dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la audiencia inicial, el Tribunal Laboral Unitario de Circuito señalará día y hora para la audiencia, en la que con citación de las partes se recibirán los dictámenes periciales de aquellos peritos que se encuentren inscritos en el registro del Tribunal Laboral Unitario de Circuito. Al concluir el desahogo de todas probanzas ofrecidas por las partes, el tribunal escuchará

los alegatos y deberá dictar la resolución que ponga fin al conflicto interpuesto (Cámara de Diputados, 2017, p. 162).

Por su parte, los senadores Tereso Medina Ramírez e Isaías González Cuevas presentaron el 7 de diciembre de 2017 ante la Cámara de Senadores, la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en materia de justicia laboral (Cámara de Diputados, 2017, pp. 1-286). Conforme al texto de esta iniciativa, se retoman las bases de los dos procedimientos especiales laborales destinados al reclamo de las distintas prestaciones, derivadas de los seguros sociales integrantes del régimen obligatorio que regula la Ley del Seguro Social y sus disposiciones reglamentarias; pero, propone los cambios siguientes: Admitida la demanda con los documentos y copias requeridas, se correrá traslado a la parte demandada, quien deberá contestarla dentro de los cinco días siguientes a la fecha del emplazamiento. Del escrito de contestación se dará vista a la parte actora por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga (Cámara de Diputados, 2017, p. 244).

Desahogada la vista de la contestación a la demanda o transcurridos los plazos para ello, el Tribunal Especializado en Seguridad Social del Poder Judicial de la Federación dictará acuerdo en el que fijará día y hora para la celebración de la audiencia de juicio, que deberá efectuarse dentro de los veinte días siguientes. En el mismo auto el tribunal deberá admitir o desechar las probanzas ofrecidas por las partes, fijando la forma de preparación de las mismas, a efecto de que se

desahoguen a más tardar en la audiencia de juicio, sin que ésta pueda diferirse por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o fuerza mayor (Cámara de Diputados, 2017, p. 244). En la audiencia de juicio, después de que el Tribunal Especializado en Seguridad Social del Poder Judicial de la Federación haya depurado el procedimiento y en su caso hubiera resuelto las excepciones procesales planteadas, se procederá al desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas. En ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas se suspenderá ni diferirá la audiencia (Cámara de Diputados, 2017, p. 245).

Al concluir el desahogo de las pruebas, las partes alegarán lo que a su derecho convenga y el Tribunal Especializado en Seguridad Social del Poder Judicial dictará de inmediato la resolución correspondiente. (Cámara de Diputados, 2017, p. 246). Por último, la tercera iniciativa, presentada el 15 de febrero de 2018 ante el Senado de la República Mexicana, por los senadores Pilar Ortega Martínez, Teresa Medina Ramírez, Ernesto Cordero Arroyo y Miguel Ángel Chico Herrera, a pesar de que se intitula como Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que reforman y adicionan diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, no se ocupa de reglamentar ningún tipo de procedimiento para la interposición, tramitación y resolución de los conflictos laborales, ni de las controversias de seguridad social, por lo que se omite su estudio al no corresponder con los objetivos de esta investigación. Básicamente lo que esta última iniciativa propone es el otorgamiento de un período de licencia para las madres o padres trabajadores de niñas, niños y los adolescentes diagnosticados con cáncer de cualquier tipo (Cámara de Diputados, 2017, pp. 1-12).

En este contexto, es que se procede a la revisión de las dos primeras iniciativas en lo referente al ámbito procedimental de las controversias de seguridad social. Partiendo de la Exposición de Motivos del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, presentado el 28 de abril de 2016 por el ejecutivo federal, se señaló expresamente lo siguiente:

Los cambios introducidos en la justicia laboral se sustentaron fundamentalmente en el establecimiento de mecanismos para eficientar los procedimientos acortando tiempos para que la justicia sea una realidad, y en la profesionalización del personal encargado de impartirla. No obstante, después de tres años y como resultado de concienzudas evaluaciones y análisis presentados en diferentes foros, se arriba a la conclusión que se requieren transformaciones cualitativas para que la justicia laboral cumpla su propósito. (Cámara de Senadores, 2016, p. 3)

Como puede advertirse, si el principal objetivo de la iniciativa de reforma laboral de 2017, según su exposición de motivos, fue la modificación de la justicia laboral, las iniciativas en las propone el seguir aplicando los procedimientos especiales instituidos en la reforma laboral de 2012 para resolver los conflictos individuales de seguridad social o la introducción de modificaciones a los mismos, provoca el incumplimiento al objetivo que motivó la aprobación de la reforma constitucional de 2017, teniendo como base los estudios de los foros temáticos organizados por el Centro de Investigación y Docencia Económicas en materia de justicia cotidiana, bajo la que se incluyó a la justicia civil, a la justicia de proximidad, a la justicia administrativa y a la justicia laboral (López

Ayllón, 2015, pp. 6-7). Y es que esta reforma, en el apartado A del artículo 123 constitucional, más que un cambio en el modelo de la justicia laboral ameritaba una transformación del paradigma de la justicia social, lo que implica no sólo la modificación de los procedimientos laborales consignados en la Ley Federal del Trabajo, sino el reconocimiento constitucional de las controversias de seguridad social para proceder a su regulación procedimental dentro del marco jurídico del derecho de la seguridad social.

Los conflictos individuales de seguridad social, a los que se define como, las controversias que tienen por objeto reclamar actos u omisiones de los organismos de seguridad social que están relacionados con el reconocimiento de derechos o el otorgamiento de prestaciones derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del seguro social previsto en las diversas legislaciones de seguridad social, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores con sus respectivos reglamentos, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley, al carecer de regulación en el texto constitucional son un ejemplo de lo que doctrinalmente se ha denominado como anomia constitucional.

La expresión anomia (Üvoifá) empleada por Enrico Spagna Musso en su obra *Appunti per una teoría dell' anomia costituzionale* y utilizada por Peter Waldmann y Fernando Escalante Gonzalbo, Bernecker, 2004, con la que aluden a una omisión en las normas constitucionales de un hecho o situación que socialmente exigen ser regulados, es un neologismo introducido y desarrollado en las obras de Durkheim, conocidas bajo el nombre de la División del Trabajo Social (1998) y El Suicidio (1998) con una finalidad diversa, al referirse a un problema moral relacionado con el deterioro o rompimiento de lazos

sociales y el decaimiento de la solidaridad.

La anomia constitucional, entendida como ausencia de normatividad, en comunión con el principio de legalidad --que dicta como máxima que el gobernado es libre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, mientras que los poderes públicos sólo pueden realizar aquello que la ley ordena— provocaría la inconstitucionalidad de las iniciativas propuestas en lo referente a los conflictos de seguridad social, debido a que no existe atribución en la norma suprema para materializar la regulación de este tipo de controversias.

A lo anterior, se adiciona que el sujetar la interposición, tramitación y resolución de los conflictos individuales de seguridad social bajo los lineamientos de los procedimientos especiales laborales, tal y como fueron instaurados en la reforma de 2012 y, ahora son retomados por las iniciativas presentadas por los senadores Luis Sánchez Jiménez, Tereso Medina Ramírez e Isaías González Cuevas, provoca la transgresión del objeto de la Ley Federal del Trabajo contenido en su artículo 1o., que a la letra dispone: La presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución. De la transcripción se sigue que el ordenamiento especializado en reglar las relaciones individuales y colectivas de naturaleza laboral lo es, sin lugar a dudas, la Ley Federal del Trabajo que reglamenta el apartado A del artículo 123 constitucional, debido a que en ella, se plasman una serie de derechos y obligaciones a cargo de los empleadores y los trabajadores, a quienes corresponde el derecho de acudir ante la autoridad laboral facultada expresamente en la norma constitucional--- para exigir el respeto, cumplimiento y exacta observancia de las disposiciones contenidos en el Código Obrero.

En tal sentido, tratándose de los conflictos individuales de seguridad social, al

no existir una relación de trabajo, sino de órgano asegurador--asegurado entre los asegurados, pensionados y beneficiarios con los institutos de seguridad social que deriva del pago de las cuotas empleadas para el financiamiento de los seguros sociales que se otorguen ante el cumplimiento de una serie de requisitos, por consecuencia escapan de los ámbitos de validez material y personal de la legislación laboral.

De acuerdo con Kelsen (1995, p. 26), la norma jurídica puede tener un ámbito de validez espacial, lo que implica que resulta aplicable dentro de un determinado espacio. Por su parte, el ámbito de validez temporal, como su nombre lo indica, se refiere al tiempo en que una norma jurídica ha de reglar la realidad social o una parte de ella. Las normas jurídicas nacen a la vida jurídica a partir de una fecha determinada, que puede ser la de su entrada en vigor de una ley que se publica en un diario o periódico oficial y, de igual manera, podrían tener una fecha en que dejan de estar en vigor (Kelsen, 1995, p. 26). Así, junto a estos dos ámbitos de validez de la norma, cabe también distinguir un dominio de validez personal y otro denominado objetivo o material. (Kelsen, 1995, p. 26). No obstante, que la Ley Federal Trabajo y las leyes de seguridad social, dentro de las cuales se encuentran la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, se encuentran vigentes (ámbito temporal) y son de observancia general en toda la República Mexicana (ámbito espacial), sus ámbitos de validez material y personal son disímiles.

El ámbito de validez personal, entendido como a quien se dirige la legislación (Kelsen, 1995, p. 28) en el caso de la Ley Federal del Trabajo involucra a los empleadores y trabajadores inmersos en una relación de corte laboral, cuya nota distintiva es la subordinación. En tanto que, en el derecho a la seguridad social, en donde no es necesario la existencia de una relación laboral, para que

tengan aplicabilidad las leyes de seguridad social, los elementos subjetivos son diversos a los del derecho laboral. Del tal forma que, ante el modelo de capitalización individual instituido en México, a partir del 1º de julio de 1997, con la entrada en vigor de la actual Ley del Seguro Social y del 1º de abril de 2007 al aprobarse la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, el ámbito de validez personal del derecho a la seguridad social se amplía al involucrar no sólo al asegurado, al pensionado, a los beneficiarios y a los institutos de seguridad social, sino a los organismos financieros de índole privada, como las aseguradoras, las distintas Administradoras de Fondos para el Retiro y sus Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro, cuya inexistencia y requisitos para su configuración dentro de la legislación laboral provocan la inaplicabilidad de esta última normatividad.

Ahora bien, en lo concerniente al ámbito de validez material, al que se conceptualiza como el contenido de la normatividad; en el derecho laboral este dominio se ocupa de la regulación de las relaciones de trabajo individuales y colectivas. En tanto que en el derecho de la seguridad social su dominio de validez material es el esquema de protección de los distintos seguros sociales que se

encuentran reconocidos y regulados en las leyes de seguridad social. De tal manera que, si bien es adecuada la iniciativa presentada por el senador Luis Sánchez Jiménez, con base la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, proponga que se atribuya competencia a los tribunales laborales para tramitar y resolver las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones; en lo concerniente a las controversias de seguridad social resulta inconstitucional que en la Ley Federal del Trabajo se determine que los conflictos de seguridad social estarán a cargo del Tribunal Laboral Unitario de Circuito, ante la anomia que existe en la Constitución mexicana y la inaplicabilidad de la legislación laboral, cuyo objeto y dominios de validez son diversos a los que rigen en las leyes de seguridad social. A pesar de la vinculación que existe entre el derecho de la seguridad social y el derecho laboral por razones de origen, al encontrar ambos su fundamento en el artículo 123 constitucional y ser partes integrantes del derecho social, los conflictos individuales de seguridad social, por su origen, naturaleza, características y ámbitos normativos para su resolución, son disímiles a los conflictos laborales. Las principales diferencias que existen entre los conflictos laborales y las controversias de seguridad social se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Diferencias entre conflictos laborales y conflictos de seguridad social

Diferencias	Conflictos laborales	Conflictos de seguridad social
Partes	Trabajador Patrón Sindicato Estado	Asegurado Pensionado Beneficiario Patrón o Sujetos obligados Administradoras de Fondos para el Retiro Organismos de seguridad social
Tipos de conflictos	a) Intereses pugna: -Individuales y colectivos de carácter jurídico -Individuales y colectivos de carácter	Organismo asegurador vs Asegurado Organismo asegurador vs Pensionado Organismo asegurador vs Beneficiario

Diferencias	Conflictos laborales	Conflictos de seguridad social
	<p>económico</p> <p>b) Por los sujetos</p> <p>Patrones vs Trabajadores</p> <p>Inter-obreros</p> <p>Inter-patronales</p> <p>Inter-sindicales</p> <p>Trabajadores vs Sindicatos</p> <p>Sindicatos vs Estado</p> <p>Sindicatos vs Terceras personas</p>	<p>Organismo asegurador vs Organismo asegurador</p> <p>Organismo asegurador vs Patrón</p> <p>Organismo asegurador vs Sujeto obligado</p> <p>Afore vs Asegurado</p> <p>Afore vs Pensionado</p> <p>Afore vs Beneficiario</p>
Tipo de relación	Laboral conforme a los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo	<p>Asegurado-Órgano asegurador.</p> <p>No es necesario que exista una relación de trabajo</p> <p>Depende del tipo de seguro que se contrate con el organismo de seguridad social</p> <p>De seguridad social.</p> <p>Sistema de Seguros Sociales (pensiones vitalicias e imprescriptibles)</p>
Prestaciones demandadas	Laborales	
Marcos normativos	<p>Artículo 123, apartado A</p> <p>Constitucional y Tratados Internacionales en materia laboral ratificados por México</p> <p>Ley Federal del Trabajo</p> <p>Contratos de Trabajo</p> <p>Contratos-Ley</p> <p>Reglamentos de Trabajo</p>	<p>Artículo 123 Apartado A, fracción XXIX Apartado B, fracción XI y XIII.</p> <p>Los Tratados internacionales en materia de seguridad social ratificados por México</p> <p>Ley del Seguro Social de 1973</p> <p>Ley del Seguro Social de 1997</p> <p>Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.</p> <p>Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado</p> <p>Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas</p> <p>Reglamentos de las leyes de seguridad social</p> <p>Contratos de Trabajo, Contratos-Ley</p> <p>Acuerdos Generales dictados por los organismos de seguridad social</p> <p>Circulares dictadas por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro</p>

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, México, 2018.

Las disimilitudes que hay entre los conflictos laborales y los conflictos de seguridad social aunadas al fenómeno de la globalización y las crisis financieras de los institutos de seguridad social, ameritan que los órganos encargados de tramitar y resolver las controversias de seguridad social tengan conocimientos especializados en el derecho de la seguridad social, el derecho fiscal, el derecho laboral, el derecho bancario y bursátil, indispensables todos ellos, para comprender el nuevo paradigma que impera en el sistema de seguros básicos ante la hegemonía de las distintas aseguradoras, las Administradoras de Fondos para el Retiro y sus Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro, cuya organización, funcionamiento y actual problemática escapan del ámbito de validez personal de la legislación laboral.

De ahí que la exigencia del conocimiento teórico--práctico del derecho laboral que se exige al personal en proceso de adscripción a los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación o a los poderes judiciales locales en términos del artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XX. En disposición contraria a lo planteado inicialmente, será insuficiente si a nivel práctico, a los tribunales del poder judicial se les otorga competencia para resolver las múltiples y diferentes controversias que plantean los asegurados, pensionados y beneficiarios contra el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, las Administradoras de Fondos para el Retiro y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Conviene traer a colación las esclarecedoras palabras del maestro Buen Lozano, 1995, p. IX):

Una deformación antigua de los conceptos ha asociado históricamente al derecho del trabajo con el derecho de la seguridad social.

Los planes de estudio de las universidades suelen colocarlos juntos, a veces en la compañía comprometedor del derecho burocrático, en una especie de síntesis de lo más importante del derecho social. Por el mismo motivo se ha considerado, por supuesto que, sin razón, que ser laboralista lleva en sí mismo el germen de la seguridad social. Nada más falso.

Ahora bien, en lo referente a la creación del Tribunal Especializado en materia de seguridad social dependiente del Poder Judicial de la Federación para resolver los conflictos de seguridad social, como lo propone la iniciativa de los senadores Tereso Medina e Isaías González, es lo más adecuado ante la especial naturaleza y características de este tipo de controversias, empero es desafortunada su creación bajo el marco jurídico de la Ley Federal del Trabajo, en la que conforme a la iniciativa propuesta, ni siquiera se detalla la forma de integrarse y las atribuciones que tendría este nuevo organismo.

Como se ha venido señalando, la legislación laboral reglamenta las relaciones laborales en términos del apartado A del artículo 123 constitucional, es decir, aquellas que primordialmente tienen lugar entre los trabajadores y los patrones pertenecientes a la iniciativa privada, por lo que la creación del organismo especializado en resolver las controversias de seguridad social se encuentra fuera del objeto para el cual se expidió y opera la legislación laboral.

Al concretarse el traslado de competencias para impartir la justicia laboral, de los órganos que dependen del ejecutivo federal a los ámbitos jurídicos del Poder Judicial de la Federación o al de los poderes judiciales locales; haciéndose necesaria, la inclusión de los jueces laborales o los que se adscriban al tribunal especializado en materia de seguridad social con sus respectivas atribuciones, dentro de los artículos 94, 97,

116 fracción III, y 122 apartado A, fracción IV de la Constitución mexicana que corresponden al capítulo que reglamenta la integración y atribuciones del poder judicial, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y no dentro de la Ley Federal del Trabajo. Asimismo, ante la instauración de los tribunales laboral dependientes del Poder Judicial Federal resulta necesaria la reforma de los artículos 294 y 295 de la Ley del Seguro Social, así como el artículo 53 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en cuyo contenido de forma conjunta se establece la competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje para tramitar y resolver las controversias de seguridad social,

Es así, que, en virtud de lo expuesto, se considera necesaria la reforma al artículo 123 constitucional para que se realice el reconocimiento constitucional de los conflictos de seguridad social y que, a la autonomía didáctica, autonomía científica o dogmática y la autonomía legislativa del derecho de la seguridad social se agregue la autonomía procedimental y jurisdiccional. Y es que a pesar que dentro de las leyes de seguridad social, como la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado con sus correspondientes normas reglamentarias, se consignan las prestaciones que derivan de los distintos seguros sociales y los requisitos para acceder a los mismos, se carece normas de tipo adjetivo u operativo en las que se reglamente el procedimiento para la interposición, tramitación y resolución de las controversias de seguridad social, además del procedimiento para la ejecución de las sentencias, evitándose con ello, su regulación en la Ley Federal del Trabajo, cuya referencia y aplicación sólo debiera hacerse de manera supletoria, esto es, en lo no previsto en las normas especializadas en materia de seguridad social.

En cuanto a la autonomía jurisdiccional resulta indispensable instituir los tribunales de lo social, a los que debiera otorgarse competencia, a nivel constitucional, para resolver todo tipo de controversias de seguridad social interpuestas contra cualquier organismo de seguridad social o en contra del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, así como los conflictos que se interponen en contra de las aseguradoras o de las Administradoras de Fondos para el Retiro al tener a su cargo la administración de los recursos de la cuenta individual de los derechohabientes, lo que evitaría que autoridades como la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa se encarguen de resolver los conflictos de seguridad social bajo procedimientos de índole procesal laboral, procesal burocrática y administrativa que no corresponden con la naturaleza de las prestaciones de seguridad social.

Un aspecto fundamental en la justiciabilidad de los derechos que derivan de los sistemas de seguridad social, lo es el cabal y oportuno cumplimiento de las sentencias que emitan los tribunales dependientes del Poder Judicial Federal o de los poderes judiciales de las entidades federativas en contra de los institutos de seguros sociales, al tratarse de una parte fundamental de los derechos al debido proceso y de tutela judicial efectiva, pues éste último no culmina con el dictado de la resolución, sino involucra todo el proceso de ejecución de la misma, lo que da expresión a la vinculación entre los derechos judiciales y la protección judicial.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de subrayar ciertos rasgos distintivos de un proceso de ejecución de sentencia, cuando aquél que debe cumplimentarla no es otro que el Estado. De esta manera, el órgano interamericano ha reiterado que el deber estatal en garantizar la

observancia de los fallos judiciales, alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Lo anterior se debe a que tales órganos, al ser estatales, suelen tener privilegios procesales, a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 5).

Precisamente en el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social, al haberse decretado en 2018, la inembargabilidad de sus cuentas bancarias ante la inscripción definitiva en el Sistema de Registro de Cuentas Bancarias de la Tesorería de la Federación en términos del artículo 17 de la Ley de la Tesorería de la Federación en correlación con el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles aunada a la exigencia de prolongados trámites administrativos que se imponen a los asegurados o sus beneficiarios para lograr la inclusión a nómina y que puedan cobrar de forma administrativa las pensiones decretadas en juicio, en lugar de que sea el organismo de salud, que fue condenado el que se encargue de tal cometido, resulta prioritario la instauración e instrumentación de un procedimiento dentro de las leyes de seguridad social para cumplimentar las resoluciones dictadas en juicio.

Una posible parte del procedimiento de ejecución, de acuerdo con Francisco Cuevas (2012, p. 430), podría ser el tipificar en la Ley del Presupuestos de Egresos de cada año una partida específica para las autoridades responsables y, cuando se emita una resolución y éste haya causado estado, pero se omita cubrir a la parte actora las prestaciones condenadas o éstas le sean cubiertas administrativamente de manera incorrecta, la autoridad que decretó la condena le ordene

directamente al responsable de dicha partida a que proceda a dar cumplimiento a la sentencia, sin ningún trámite administrativo interno de por medio, lo anterior ante la necesidad de que se otorguen con prontitud y oportunidad los beneficios de seguridad social, pues su finalidad es proteger al individuo de la adversidad o de proveerle los recursos necesarios cuando ésta ha tenido lugar.

CONCLUSIONES

Ante la innegable presencia e importancia que tienen los conflictos de seguridad social en los ámbitos económico, social y político del país, previa a la expedición de la legislación secundaria que reglamente la interposición, tramitación, resolución y ejecución de las controversias de seguridad social, es necesario que se reconozca en el texto constitucional, para que de esta manera conforme al principio de jerarquía normativa puedan ser adecuadas y reglamentadas en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, así como en sus correspondientes disposiciones reglamentarias, lo que favorecerá la justiciabilidad de las prestaciones de seguridad social ante la negativa de su otorgamiento o su indebida cuantificación realizada por los organismos de seguridad social, las aseguradoras o las Administradoras de Fondos para el Retiro.

Es necesario que se entienda, de una vez por todas, que el derecho laboral y el derecho de la seguridad social, si bien deben guiarse por los postulados de la justicia social y el derecho social, al tener instituciones jurídicas autónomas, marcos normativos propios, principios diversos así como una evolución y desarrollo diferentes deben regularse por sus propias normas sustantivas y adjetivas, encargándose la tramitación y resolución de los denominados conflictos individuales de seguridad social a organismos especializados

en materia de seguridad social cuya naturaleza difiere de la materia laboral.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernecker, W. L. (2004). *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*. México: UNAM-Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico.
- Buen Lozano, N de. (1995). *Seguridad Social*, México: Porrúa.
- Buen Lozano, N de. (2014). *Derecho procesal del trabajo*, México: Porrúa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington, 7 de septiembre, 2007
- Conflictos individuales de seguridad social. Estadísticas de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. México, 31 de julio, 2017.
- Cuevas Godínez, Francisco. (2012). El contencioso administrativo federal en México. En Juan Pablo Pampillo Baliño y, Manuel Alejandro Munive Páez (coords.), *Derecho Administrativo*, (pp. 407-436). México: Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.
- Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. Diario Oficial de la Federación. México, 24 de febrero, 2018
- Durkheim, E. (1998). *El Suicidio*. Buenos Aires: Grupo Editorial Tomo
- Durkheim, E. (1998). *La División del Trabajo Social*. México: Colofón
- Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman la Ley de Amparo, adecuando la reforma del artículo 107 constitucional a su ley reglamentaria y la Ley Federal del Trabajo, senador Luis Sánchez Jiménez. Cámara de Diputados. México, 2017
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales; de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en materia de justicia laboral, senador Tereso Medina Ramírez e Isaías González Cuevas. Cámara de Diputados. México, 7 de diciembre, 2017
- Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que reforman y adicionan diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, senadores Pilar Ortega Martínez, Teresa Medina Ramírez, Ernesto Cordero Arroyo y Miguel Ángel Chico Herrera. Cámara de Diputados. México, 15 de febrero, 2018
- Kelsen, Hans. (1995). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa
- Ley Federal del Trabajo (Reforma 2015). Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> México, 22 de marzo, 2018
- Ley del Seguro Social. Diario Oficial de la Federación. México, 1º de julio, 1997
- Exposición de Motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. México, 28 de abril, 2016
- López Ayllón, Sergio. (2015). *Justicia Cotidiana, Síntesis del informe y de las*

- recomendaciones en materia de justicia cotidiana.* México: Centro de Investigación y Docencia Económica, A.C.
- Martínez Martínez, V. L. (2015). Conflictos individuales de Seguridad social. Desaciertos e incompetencia de su resolución. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (número 21), julio-diciembre, pp. 121-149.
- Organización Internacional del Trabajo. (1984). *Introducción a la seguridad social*, Ginebra: OIT.
- Ruiz Moreno, Á. G. (2013). *Nuevo derecho de la seguridad social.* México: Porrúa.
- Sánchez Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos. (2013), *La nueva legislación laboral mexicana.* México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Las garantías de seguridad jurídica.* México: SCJN.



Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia

Constitutionality and conventionality control block in Bolivia

Alan E. Vargas Lima

alanvargas4784@gmail.com

Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Bolivia

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

El presente trabajo pretende mostrar el intenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema propuesto, partiendo de la premisa esencial de que la actual configuración constitucional del Bloque de Constitucionalidad, constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por el Tribunal Constitucional boliviano; ello para luego examinar el redimensionamiento del mismo bloque en el Estado Constitucional de Derecho, a la luz del pluralismo y la interculturalidad como nuevos paradigmas en la interpretación, a través de la inserción de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional vigente en el país, haciendo especial referencia a los principales pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ante su escaso conocimiento por parte de los administradores de justicia, y su nula aplicación en la resolución de conflictos concretos.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad; control plural de constitucionalidad; control de convencionalidad; jurisprudencia interamericana; derechos humanos

ABSTRACT

To verify the doctrinal and jurisprudential development of the proposed theme, it will depart from the premise of the current constitutional setup of constitutionality block constitutes a claim of the jurisprudential lines established long before by the Bolivian Constitutional Court, to then examine the downsizing of the same block in the constitutional rule of law, in the light of pluralism and multiculturalism as new paradigms in the interpretation, through the inclusion of plural values and Supreme principles of the constitutional order in force in the country, with particular reference to the major pronouncements of the Inter-American system for the protection of human rights.

Key words: Block of constitutionality; plural control of constitutionality; control of conventionality; interamerican jurisprudence; human rights

INTRODUCCIÓN

Se debe comenzar recordando al jurista español Francisco Rubio Llorente (1930-2016), quien en su estudio introductorio al Bloque de Constitucionalidad, precisaba que en la doctrina de Francia –país en donde se originó el *Bloc de Constitutionnalité*, por una resolución del Consejo Constitucional francés, el 8 de julio de 1966– se utiliza este término para designar al conjunto de normas –integrado por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social– que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas (RUBIO LLORENTE, 1991; 105).

Sobre la base de lo anterior, es posible deducir que son parte del Bloque de Constitucionalidad aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Así, una síntesis de estos criterios, ahora se encuentra plasmada precisamente en el texto de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dispone que “*el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (...)*” (Artículo 410, parágrafo II constitucional). Éste precepto referido al Bloque de Constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia constitucional, dado que el Tribunal Constitucional, en su primera época, en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio,

había precisado que la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; entendiéndose que dicha teoría, expone que *aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal*; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su Constitución, normas a las que concede ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

De ahí que, la jurisdicción constitucional boliviana ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la Sentencia Constitucional N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: “*(...) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.*”; *...a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda*”. De tal manera, la jurisprudencia glosada, se deduce que *el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados*; entonces, queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino sólo aquellos que habiendo sido previamente ratificados por el Estado boliviano, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de

constitucionalidad. En este sentido, el estudio realizado estuvo sustentado en una investigación documental, de nivel descriptivo y utilizado como técnica de recolección de información, la revisión de textos jurídicos y jurisprudencia respectivas al tema expuesto.

METODOLOGÍA

El estudio realizado estuvo sustentado en una investigación documental, de nivel descriptivo y utilizado como técnica de recolección de información, la revisión de textos jurídicos, jurisprudencias y sentencias respectivas al Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia; realizando así un análisis situacional en su desarrollo y aplicación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Redimensionamiento del bloque de constitucionalidad en Bolivia

Ampliando los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, y respecto a los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que también conforman el Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional pronunció una Sentencia Constitucional, a través de la cual entendió que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, dado que la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, sostuvo lo siguiente:

“En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados

Internacionales referentes a Derechos Humanos,...el Estado Plurinacional de Bolivia.

El Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente...)”.

Finalmente, el Tribunal concluyó estableciendo en su pronunciamiento, que al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el “Estado Social y Democrático de Derecho”, y que tiene como uno de sus ejes principales, entre otros, precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer. Es por esta razón, que las Sentencias emanadas de la Corte IDH, ahora también forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infraconstitucional vigente.

En resumen, conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril de 2013, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por los siguientes compartimentos: 1) *La Constitución como norma positiva*; 2) *Los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos*; y 3) *Las Normas Comunitarias*; sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, debe establecerse además que los valores plurales

supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser *el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material*, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional.

Conforme a lo expuesto, se puede inferir que la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, dado que la inserción en el Bloque de Constitucionalidad de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional, tiene una relevancia esencial, ya que merced al principio de supremacía constitucional aplicable al bloque de constitucionalidad boliviano, operará el fenómeno de constitucionalización, no solamente en relación a normas supremas de carácter positivo, sino también en relación a valores y principios supremos rectores del orden constitucional, aspecto, que en definitiva consolidará el carácter axiomático de la Constitución Política del Estado aprobada en 2009.

En este redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho, se colige que a la luz del vivir bien, la justicia y la igualdad como principios y valores plurales supremos que forman parte del bloque de constitucionalidad imperante, irradiarán de contenido todos los actos de la vida social, consagrando así los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0683/2013, de fecha 3 de junio de 2013).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto –de

manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes elementos: **i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; iii) las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; iv) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional; y, v) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional.**

La doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad

En mérito al entendimiento jurisprudencial establecido a partir de la SC 110/2010-R de 10 de mayo, en sentido de que las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia y forman parte del bloque de constitucionalidad, corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza y alcance de la doctrina del control de convencionalidad establecida precisamente por la jurisprudencia interamericana, para su aplicación en el contexto boliviano.

A este efecto, se debe iniciar, señalando que el “*control de convencionalidad*”, es un tema que ha adquirido bastante notoriedad en los últimos años, pero que, sin embargo, data desde la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias

o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la “*inconventionalidad*”, por ejemplo modificando la norma cuestionada.

Así también, es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto. Es así que, en el ámbito de los derechos humanos, tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969), para que gracias a la importante conceptualización efectuada en el año 2003 por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

Por tanto, en esta materia, solamente existirían dos cuestiones relativamente nuevas (BREWER-CARIAS, 2012): **a)** la afortunada acuñación de un término como ha sido el de “control de convencionalidad” que Sergio García Ramírez propuso en su Voto Razonado a la sentencia del Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003; y **b)** la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes o dimensiones: por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.

En una reciente publicación de sus Votos particulares, el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, explica estas dimensiones, en la siguiente forma:

“El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el

tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos– y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. (...)

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales– para verificar la congruencia entre actos internos –así esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera– con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los ...con el ordenamiento internacional”. (García Ramírez, 2015; p. 26-27)

Estas dos vertientes, fueron explicadas por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Voto razonado emitido con relación a la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando que la función de la Corte Interamericana, se asemejaba a la de los Tribunales Constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte, analiza los actos

de los Estados que llegan a su conocimiento “en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”; y que si bien “los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos” (Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004).

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez en la referida Sentencia, estos “procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática”, en cambio “el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

A raíz de estas reflexiones, quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de “control de convencionalidad” se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes: uno en el ámbito internacional y otro en el ámbito nacional, y con efectos jurídicos completamente distintos, lo que amerita realizar algunas puntualizaciones sobre uno y otro, a efecto de poder precisar con mayor detalle, algunas perspectivas del control (difuso) de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Bolivia.

Surgimiento y desarrollo de la doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006, en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, ocasión en la cual la Corte IDH precisó lo siguiente:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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

Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969." (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123 a 125).

El citado precedente –agrega el jurista mexicano (Ferrer Mac-Gregor, 2011; 531-622) –, fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el "control de convencionalidad" y lo "precisa" en dos aspectos: **(i)** procede "de oficio" sin necesidad de que las partes lo soliciten; y **(ii)** debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Entonces, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede inferir que desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes

elementos o características: **a)** *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* **b)** *Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;* **c)** *Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;* **d)** *Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e)* *Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.* (Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2014).

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009). Posteriormente, los alcances del control de convencionalidad, fueron reiterados en las siguientes sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010); *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

Al año siguiente, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en los siguientes casos: *Gelman vs. Uruguay* (2011), *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), *López Mendoza vs. Venezuela* (2011), y *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina* (2011).

Un año más tarde, con mayores y menores matices, la doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, fue reiterada en los siguientes casos: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y Familiares vs. Argentina* (2012), *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala* (2012), y *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012). Asimismo, al año siguiente, la línea jurisprudencial fue reiterada en tres sentencias: *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (2013), y *J. vs. Perú* (2013).

En el año 2014, la Corte incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias, en los casos: *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam, Norín Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, y Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

De igual manera, en el año 2015, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias: *López Lone y otros vs. Honduras, Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, y García Ibarra y otros vs. Ecuador* (Ibáñez Rivas, 2017; 51-68).

Fundamento normativo del Control de Convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento

en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

De la lectura integrada de dichos artículos –agrega Claudio Nash–, se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia. (Nash Rojas, 2013; 489-509)

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo –agrega Claudio Nash–, la necesidad de realizar un control de

convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia –y siguiendo el criterio de Claudio Nash–, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta

labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad.

Se debe recordar, que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Corte IDH, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29.)

a) Primera etapa

Existe una primera etapa en que se delinearon los aspectos generales de la figura

del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y(Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124).

En síntesis –dice Claudio Nash–, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad: i) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. ii) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. iii) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas

incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado. iv) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (NASH ROJAS, 2013; 496).

b) Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional: *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas...* (Corte IDH, caso Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128.)

c) Tercera etapa

En una tercera etapa de análisis, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones

jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares. Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel...". (Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225.)

Asimismo, en esta sentencia la Corte IDH clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

"De tal manera, como se indicó en los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios...es decir el fuero penal ordinario."

d) Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a

toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH: (...) *La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. (...).* (Corte IDH, caso Gelman c. Uruguay, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239.)

Ámbitos de aplicación del control de convencionalidad

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional. a) Precisamente, una de las modalidades en que se desarrolla este tipo de control, se manifiesta en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como "*control de convencionalidad*". Esto significa que, en el ámbito internacional, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias

a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Es relevante destacar que, como se ha señalado, esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas a la CADH, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH.

Asimismo, cuando el control se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado al respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos elementales del ser humano. En resumen, esto significa que se efectúa una interpretación de las prácticas internas, a la luz o al amparo del *corpus juris interamericano*, que es capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquél ejerce competencia material. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales. Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y, en no pocas ocasiones, genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales.

En otras palabras, en el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente

estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH. Teniendo claro esto –dice Claudio Nash–, podemos afirmar que *lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente*, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno (NASH ROJAS, 2013; 492).

Entonces, considerando los ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, es posible sostener que se trata de una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

El ejercicio del Control de Convencionalidad según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N°0487/2014, de fecha 25 de febrero de 2014, en el marco de nuestro sistema constitucional y la interpretación de los derechos y garantías, ha establecido que los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad en nuestro país

(RIVERA SANTIBÁÑEZ, 2016), de acuerdo al siguiente entendimiento:

Posteriormente, la SCP N°0572/2014, de fecha 10 de marzo de 2014, complementa este entendimiento al establecer expresamente que: “(...) tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) como el de convencionalidad (arts. 13. IV y 256 de la CPE) -...as normas del bloque de constitucionalidad (...)”.

De igual manera, en la SCP N°0006/2016, de fecha 14 de enero de 2016 –a tiempo de precisar los criterios para la interpretación de los derechos fundamentales–, se hizo referencia al Control de Convencionalidad para resolver la problemática planteada en el caso; de ahí que, intentando sistematizar la jurisprudencia más relevante sobre el tema, cita la SCP 0783/2015-S1 de 18 de agosto, que con relación al bloque de convencionalidad señaló: Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional vinculante, todas las autoridades, pero sobre todo los jueces y tribunales, están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán en los casos concretos, son compatibles con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos e inclusive con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vale decir, que deben efectuar un verdadero Control de Convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y garantías previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad. En este punto, cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados), ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante *inter partes*, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también *erga omnes* en lo

que atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional.

La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos. Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en cuya oportunidad, la Corte consideró “necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad,...de los seres humanos” (Opinión Consultiva OC-21/14).

El supuesto “Control de Convencionalidad” en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017

Para finalizar, cabe señalar también que recientemente se ha pronunciado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, de fecha 28 de noviembre de 2017, en uno de cuyos fundamentos se ha precisado la naturaleza jurídica y características del Control de Convencionalidad, así como su desarrollo jurisprudencial a nivel interamericano. No obstante, y en el marco de la temática propuesta en este trabajo, únicamente interesa poner de relieve que el Tribunal Constitucional Plurinacional lo ha dejado establecido.

En relación a los alcances de la polémica Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, y sobre la base de las precisiones anteriormente desarrolladas en este trabajo, acerca del significado y alcance del Control de Convencionalidad, considerando su notable evolución y

desarrollo en la jurisprudencia interamericana; cabe señalar que si bien es evidente lo afirmado por Eduardo Ferrer Mac Gregor (en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010), en sentido de que el control de convencionalidad en el ámbito interno “*convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana...* (Lo que equivale a decir que) *Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.*”; ello no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez nacional, ni mucho menos puede ser utilizado a conveniencia por un juez constitucional (movido por las circunstancias del caso que le corresponda resolver), porque esa labor interpretativa debe obedecer esencialmente a la necesidad de protección de derechos humanos y fundamentales en un Estado, una vez verificada la incompatibilidad manifiesta entre las normas nacionales y las normas contenidas en la CADH.

Asimismo, no se debe perder de vista, que si bien no existe monopolio alguno en la interpretación de la CADH, quien tiene la calidad de supremo intérprete de la CADH es precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por ello, el juez interamericano Ferrer Mac Gregor en su citado Voto razonado, ha dejado establecido que: “*no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.*”

Cabe hacer notar que en el caso de la SCP N°0084/2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha decidido otorgar una aplicación preferente a un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana; sin embargo, para lograr su objetivo, únicamente ha expuesto argumentos forzados que tergiversan el verdadero sentido y finalidad del Control de Convencionalidad, dado que entre sus fundamentos jurídicos no ha logrado demostrar con argumentos jurídico constitucionales, que dicho instrumento internacional determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), cuál era el propósito de los accionantes; así como tampoco ha evidenciado que exista algún grado de contradicción o incompatibilidad manifiesta entre las normas de la Constitución, y las disposiciones de la CADH, más aún si se considera que de una simple comparación entre el contenido y alcances de los derechos políticos consagrados en la Ley Fundamental del Estado Plurinacional de Bolivia, frente a los derechos políticos consagrados en la CADH, queda claro que las normas de la Constitución resultan mucho más favorables y amplias en sus alcances para asegurar la eficacia de esos derechos que son vitales para el desarrollo democrático de la sociedad. Entonces, resulta evidente que los supuestos fácticos en los que se debe activar el control de convencionalidad, no se han sustentado de manera suficiente en la reciente Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que por cierto, fue una decisión emergente del *control normativo* de constitucionalidad activado a través de la Acción de Inconstitucionalidad abstracta, y que tenía por finalidad esencial, verificar las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones

constitucionales y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

De ahí que, resulta irrazonable la conclusión de aplicar preferentemente una norma internacional como la CADH, cuando no se ha demostrado la existencia de incompatibilidad alguna, o que este instrumento determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), único supuesto fáctico que, de encontrarse previsto en esa forma, claramente resultaría mucho más favorable (para los intereses particulares de un caudillo, claro está; pero no así para la democracia). Sin embargo, ello no ha sucedido en ese caso, por lo que, el grado de favorabilidad de este instrumento internacional, no es evidente, y tampoco se ha justificado su aplicación preferente. En consecuencia, existe un serio fundamento jurídico –entre muchos otros–, para sostener que se ha emitido una Resolución contraria a la Constitución y las leyes en el Estado Plurinacional de Bolivia, que además ahora se encuentra en riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional por no haber realizado un control (adecuado, razonable e idóneo) de convencionalidad, quebrantando así el orden constitucional y el sistema democrático.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo se ha intentado vislumbrar la trascendental importancia del Bloque de Constitucionalidad que, en el caso de Bolivia, está conformado, además del texto de la Constitución, por todos aquellos tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que habiendo sido ratificados por el Estado Plurinacional, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

Por otro lado, es importante resaltar que en el marco de la nueva visión del

constitucionalismo del Estado Plurinacional de Bolivia, la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del Bloque de Constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, habiendo insertado en el mismo bloque, los valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional, así como las decisiones jurisdiccionales que emanen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En consecuencia, y como producto de una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, se ha establecido que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por diversos elementos que refuerzan su aplicabilidad, dado que además de la Constitución como norma jurídica, los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país, también forman parte de este Bloque de Constitucionalidad, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional, así como los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional vigente en Bolivia.

En ese marco, cabe dejar establecido que el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme a su configuración constitucional y a la naturaleza de sus atribuciones, está facultado para realizar el control de constitucionalidad por mandato de la Constitución, pero también está obligado a realizar un adecuado control de convencionalidad por mandato de la Convención y la Corte IDH. Ello significa, que este órgano no se encuentra autorizado para

declarar la “inaplicabilidad” de normas constitucionales que se hallan vigentes y que son de cumplimiento obligatorio, para gobernantes y gobernados, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución; así como tampoco se halla habilitado para declarar la aplicación preferente de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, sin haber sustentado jurídicamente la incompatibilidad manifiesta de dicho instrumento con la normativa interna, o la necesidad de protección de un derecho humano expresamente consagrado, en procura de resguardar el efecto útil de la CADH.

REFERENCIAS

- Arango Olaya, M. (2004). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, p. 1 (Revista Precedente, disponible en: <http://bit.ly/1mTdiw2>).
- Arias López, B. (2012). *Fundamentos de la obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: [Lex social: revista de los derechos sociales](#), (Nº 1. Págs. 74-94. Disponible en: <http://bit.ly/1MuMjEV>)
- Bazán, V. (2011). *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*. En: Revista Europea de Derechos Fundamentales. ISSN 1699-1524. Núm. 18/2º Semestre 2011. Páginas 63 - 104. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>
- Bidart Campos, G. (1995). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. (Buenos Aires, Ediar), p. 264.
- Brewer-Carías, A. R. (2012) “El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de Amparo de los Derechos Humanos”. Texto preparado para la exposición en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre “El control de convencionalidad y su aplicación”. San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/2rpbzn4>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca – Danida (2014). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7: Control de Convencionalidad*. Pág. 6. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Revista Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Revista Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, pp. 141 - 192. Disponible en: <http://www.revistasconstitucionales.una.mx/pdf/3/art/art4.pdf>
- Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (Coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. (México: Poder Judicial de la Federación – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México). Pág. 233. Disponible virtualmente en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3632>
- García Ramírez, S. (2015). *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre Control de Convencionalidad*. Segunda edición. (México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Págs. 26-27.
- García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2016). *Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº20, 433-463. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>

- Ibáñez Rivas, Juana María (2017). *Control de Convencionalidad*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia. Núm. 1. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Págs. 51-68). Libro completo disponible en: <https://goo.gl/dj8KWv>
- Nash Rojas, Claudio (2013). *Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2013. (Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer). Págs. 489-509.
- Rivera Santibáñez, José Antonio (2016). *La aplicación del Control de Convencionalidad en Bolivia*. En: FUNDACIÓN OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA. Reflexiones y Análisis N°3. Disponible en: <http://bit.ly/2lsGH6m>
- Rubio Llorente, Francisco (1991). *El Bloque de la constitucionalidad*. Simposium franco-español de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, p. 105.
- Jurisprudencia consultada**
- Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123 a 125.
- Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.
- Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.
- Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 164, 165 y 172.
- Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.
- Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, 94 y 113.
- Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193 y 239.
- Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.
- Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.
- Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 226-228.
- Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.
- Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.
- Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.
- Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3;
- Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.

- Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.
- Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, párr. 6 y 12.
- Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.
- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172
- Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27;
- Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311
- Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», 19 de agosto de 2014, párr. 110-114, 150, 280, 123-149. Disponible en: http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen_serie_a_21_esp.pdf Citado por: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. *Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016.* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 2016, N°20, 433-463. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>
- Opinión Consultiva OC-14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35
- Sentencia Constitucional N°0058/2003, de 25 de junio.
- Sentencia Constitucional N°0491/2003-R, de 15 de abril.
- Sentencia Constitucional N°1888/2011-R, de 7 de noviembre.
- Sentencia Constitucional N°1907/2011-R, de 7 de noviembre.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de 7 de septiembre.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°1250/2012, de 20 de septiembre.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°0487/2014, de 25 de febrero.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°0572/2014, de 10 de marzo.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°0006/2016, de 14 de enero.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°0783/2015-S1, de 18 de agosto.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, de 28 de noviembre.
- Voto Razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010.



La Prueba como derecho; Fundamentos y Características Constitucionales en Colombia

The Test as a right; Fundamentals and Constitutional Characteristics in Colombia

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo
bernardo.ruiz@udea.edu.co
Universidad de Antioquia, Colombia

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

La prueba como derecho, fundamentos y características constitucionales en Colombia trata de la figura constitucional del derecho del justiciable a presentar pruebas y en controvertir las que se alleguen en su contra. Se parte de proponer una caracterización y unos contenidos de este derecho a partir de los valores constitucionales; los cuales comprenden dos tipos de contenidos, uno de tipo epistémico y otros ético-políticos (la justicia, la libertad y la igualdad). Por su fundamento y posición en la Constitución Política la prueba se constituye en un derecho fundamental, pues no solo se basa en tales valores sino también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la garantía del testigo. No obstante, en la doctrina constitucional colombiana, como se desprende de este estudio documental y dogmático, se hace la inclusión del derecho a la prueba en el debido proceso. El inconveniente de esta inclusión es que se genera un sesgo de atribución para el derecho a probar ya que puede verse cercenado en sus contenidos y garantías de efectividad, como: la valoración racional probatoria, las garantías de prestación institucional y económica de la prueba, o los mecanismos extraprocesales de aseguramiento; componentes estos que no son propios del debido proceso.

Palabras clave: Derecho a la prueba; debido proceso; garantías de efectividad; constitución política, derechos fundamentales

ABSTRACT

The proof like a right, constitutional bases and characteristics in Colombia deals with the constitutional figure of the right of the justiciable to present evidence and to controvert those that are brought against him. The starting point is to propose a characterization and contents of this right based on constitutional values; which comprise two types of content, one of epistemic type and other ethical-political (justice, freedom and equality). Because of its foundation and position in the Political Constitution, the proof constitutes a fundamental right, well not just based on such values but also on the International Law of Human Rights with the guarantee of the witness. However, in Colombian constitutional doctrine, as can be seen from this documentary and dogmatic study, the inclusion of the right to proof in due process is made. The inconvenient of this inclusion is that an attribution bias is generated for the right to proof since it can be curtailed in its contents and guarantees of effectiveness, such as the rational assessment of proof, the institutional and economic guarantees of the evidence, or the extra process insurance mechanisms; these components that are not proper of due process.

Key words: right to proof, due process, guarantee of effectiveness, political constitution, fundamental rights

INTRODUCCIÓN

Este estudio se refiere a la caracterización de una de las garantías procesales de la Constitución Política colombiana de 1991, la del derecho del «sindicado [...] a presentar pruebas y contradecir las que se alleguen en su contra» (art. 29). Temática que en esta oportunidad se estudia con base, principalmente, en la doctrina colombiana y española, y en algunos aspectos se refiere al derecho convencional, en especial, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La constitucionalización de la prueba como garantía del justiciable, en 1991, obedece a que lo que se daba por sentado desde la ilustración dejó de ser así. Ciertamente, el panorama dominante en la época de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en cuanto al derecho probatorio, en especial para el derecho punitivo en Colombia, se caracteriza por las malas prácticas judiciales y policiales: la tortura para obtener la confesión, las distintas formas de constreñimiento para el testigo, el pago o los premios por la delación; las limitaciones legislativas a la actividad probatoria, entre otras (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Sección Tercera, ponencia del delegatario José Matías Ortiz 1991).

La problemática que se aborda consiste en la caracterización de la prueba como derecho constitucional; esto es, si se trata de un derecho fundamental, o si este derecho hace parte de otra garantía genérica como el debido proceso, o si se trata de una categoría autónoma; y desde luego, que incidencia tiene esta caracterización en la efectividad de este

derecho para cumplir un rol performativo de la realidad.

Para acercarse a esta problemática, se parte de los siguientes *objetivos*:

Primero. Analizar, desde los valores constitucionales como el conocimiento, la justicia, la libertad y la igualdad, el derecho convencional internacional y en razones histórico-constitucionales, si existen las suficientes bases para pregonar la prueba como derecho fundamental y las consecuencias que implica tal caracterización. Asimismo, teniendo como base los mismos valores, el derecho convencional y la doctrina constitucional, describir los contenidos del derecho constitucional a la prueba.

Segundo. Caracterizar el derecho a la prueba con respecto a otras garantías del bloque de constitucionalidad como el debido proceso, el derecho a la verdad y el acceso a la administración de la justicia; en tal sentido, establecer las conexiones que existen entre unos y otros conceptos constitucionales. A partir de este análisis, establecer la suficiencia de garantías para su efectividad.

Importancia del Problema

La constitucionalización del derecho a probar en Colombia no es un mero recurso retórico, se trata de la necesidad de limitar los poderes estatales o paraestatales en relación con las prácticas violentas o corruptas en la realización de la justicia. Constituye una forma de proteger al justiciable en su cuerpo y conocimiento, así como a las distintas modalidades de testimonios y los documentos. Por ello, si la prueba como derecho constitucional tiene la capacidad expansiva y sistematizadora en el orden

jurídico, tal cual corresponde a un derecho fundamental, tendrá mejores herramientas para mejorar la calidad de la justicia. Si tal caracterización no existe, se estaría ante un derecho constitucional *tout court*, con escasas garantías de efectividad, y con menguadas posibilidades de aportar a la realidad una mejor justicia.

METODOLOGÍA

Se trata de un estudio documental-bibliográfico que se aborda bajo la forma de una dogmática jurídica. Esta dogmática parte de valores constitucionales y derechos fundamentales, razón por la que debe concebirse más como una política del derecho que como un estudio de entidades normativas preconstituidas. El título “derecho a la prueba» busca realzar la perspectiva del estudio de la prueba judicial como garantía constitucional de las personas. El neologismo *garantismo* se asume, desde Ferrajoli (2011, Vol. I: 187), para indicar las técnicas de tutela de los derechos; esto es, la efectividad de los derechos constitucionales formales y sustantivos constitutivos de la posición jurídico-constitucional del justiciable frente al Estado y sus instituciones. Lo cual implica acometer el análisis de los tres niveles del Estado constitucional: en la estructura institucional del sistema jurídico-político (constitución o bloque de constitucionalidad), en el ejercicio de la función legislativa y en las funciones administrativas y judiciales.

RESULTADOS

Los resultados de la investigación sobre la prueba como derecho constitucional en el caso colombiano se

pueden compendiar en los siguientes términos.

1. Concepto de derecho constitucional a la prueba

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes. Es un concepto con el que se busca sintetizar este derecho con los siguientes componentes: 1) es una garantía constitucional; 2) tiene como destinatario cualquier persona que en el presente o en el futuro tenga el carácter de justiciable; 3) obliga al Estado, en especial a sus órganos de justicia con prestaciones institucionales, económicas y procesales; 4) reúne los medios probatorios relevantes o pertinentes; 5) es suficientemente omnicomprensivo de las categorías del derecho probatorio.

La expresión *derecho a la prueba* antes que nada es una garantía procesal que tiene efectividad en el proceso jurisdiccional como en procedimientos administrativos y sancionatorios de diverso orden. Asimismo, puede caracterizarse como un concepto aglutinador o sistemático con respecto a otras garantías o contenidos constitucionales o legales relacionados con el derecho probatorio. Por su parte, la locución *derecho* se usa en sus sentidos objetivo y subjetivo; no obstante, en este estudio se enfatiza en la perspectiva subjetiva, es decir, como garantía de las personas.

En los apartados que siguen, se estudian los siguientes aspectos de la

definición: se estudia en qué sentido el derecho a la prueba es un concepto aglutinador y sistemático; las garantías de efectividad; luego, se aborda la autonomía del derecho a probar con respecto a otras garantías; después viene el estudio de la prueba como derecho fundamental, incluyendo sus bases normativas y teóricas; por último, se proponen los contenidos constitucionales de este derecho.

2. El derecho a la prueba como categoría englobante y extensiva.

La expresión *derecho a la prueba* es el *genus* de todas las garantías e instituciones del derecho probatorio y es también extensiva hacia instituciones de otros ámbitos del orden jurídico, como el constitucional o el administrativo. En efecto, el título de este estudio, «La prueba como derecho, fundamentos y características en Colombia» significa el análisis de la garantía del derecho a la prueba como una categoría jurídica genérica para comprender las fases de la actividad probatoria, incluyendo el aseguramiento probatorio, los medios de prueba y la valoración de la misma. Además, tiene diversas garantías en los distintos estamentos del Estado de derecho, como el constitucional, el legal y el administrativo. Al efecto, puede ser protegido mediante la denominada *acción de tutela* (recurso de amparo); asimismo, en el campo administrativo comprende la asistencia jurídica gratuita; la prestación de servicios de pruebas periciales y otros gastos.

Para decirlo en términos de Bergeaud (2010) le *droit a la preuve* es una garantía horizontal en el orden jurídico, pues tiene

aplicación en todos los regímenes jurídicos y se caracteriza por tener unos principios y unas fuentes normativas comunes para todos los procedimientos, en protección de los justiciables. En palabras Picó i Junoy (1996), el carácter de derecho fundamental de la prueba significa «darle la máxima virtualidad y eficacia» en el orden jurídico; lo cual implica repensar en el orden jurídico su rango normativo, su efectividad frente a los límites probatorios y la conveniencia de la anticipación probatoria y otros mecanismos de efectividad.

En suma, cuando se habla de derecho constitucional a la prueba, el término *prueba*, solo es posible usarse para las formas racionales o comunes del conocimiento humano, y, por lo tanto, no incorpora en sus contenidos las antiguas y medievales *pruebas irracionales*. También hay que precisar que el término *derecho a* (...) se usa para significar que la prueba judicial es tratada como garantía de las personas. En efecto, si bien en la práctica las expresiones de *derecho a probar* y de *derecho de probar* se usan indistintamente, se prefiere la preposición *a* porque, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indica la situación de alguien o algo, denota el modo de la acción o indica distribución. En cambio, la preposición *de*, según el mismo diccionario, denota la pertenencia, el origen, la procedencia o la naturaleza de algo.

Por tanto, *el derecho a probar* de por sí denota las relaciones, posiciones o situaciones jurídicas de las personas (sentido subjetivo); se aviene mejor con el sentido histórico de garantía de las personas frente al poder del Estado o de

soberanía (sentido de *right to*); es el derecho en su perspectiva subjetiva. En cambio, el *derecho de probar* explica mejor la atribución o pertenencia de la prueba a un sistema normativo; por lo que expresa el *derecho probatorio*, como conjunto de normas de un determinado plexo del orden jurídico (sentido, o de *law*); es el derecho en su perspectiva objetiva. Explica Taruffo (1984) similares diferencias en el lenguaje italiano entre las expresiones *diritto alla prova* y *diritto delle prove*.

Ahora bien, el derecho a la prueba, como ocurre con otras garantías constitucionales, su efectividad se realiza mediante distintas herramientas ubicadas en distintos ámbitos del derecho, por ejemplo, según la Corte Constitucional, se protege mediante el amparo constitucional; asimismo, en el caso de los documentos se establece el derecho al acceso a los mismos y los procedimientos del derecho de petición y del habeas data. Existen también las garantías constitucionales y procesales del juez competente y del abogado; asimismo, los mecanismos procesales y administrativos de la asistencia gratuita de un abogado de la defensoría pública o de amparo de pobreza, e instituciones especializadas en la prestación de pruebas periciales y de protección de testigos.

Por otra parte, como se estudia a continuación, es necesario considerar la relación que exista entre la categoría *genus* derecho a la prueba y otras categorías englobantes y extensivas como los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la defensa y a la verdad.

3. El derecho a la prueba tiene autonomía con respecto a otras garantías

El derecho a la prueba tiene autonomía conceptual y funcional con respecto a otros derechos (Bergeaud, 2010). En efecto, el derecho a la prueba no está incluido en otros derechos genéricos, pero si puede decirse que muchos de sus componentes se encuentran en una relación de intersección con otros derechos. El corolario es que la categoría *derecho* a la prueba agrupa varios tipos de contenidos, algunos son exclusivos de éste, otros están en relación de intersección con el debido proceso, o con el derecho al acceso a la administración de justicia, o con el derecho a la información; por su parte, el derecho a la verdad se encuentra incluido en el derecho a la prueba.

Los contenidos exclusivos del derecho a la prueba son los que tienen que ver con la denominada *eficacia probatoria* o *fiabilidad probatoria*. Precisamente, en los sistemas de libre valoración probatoria las exigencias de valoración racional pertenecen a otros campos extrajurídicos como la lógica, la epistemología y la psicología (Taruffo, 2002). Así, en el juicio de la credibilidad o la confianza en el testigo o perito, en el caso colombiano, no está sometida a reglas de validez jurídica, como en los sistemas de pruebas tasadas, sino que se enjuicia a partir de la sana crítica o de las generalizaciones del conocimiento humano.

Los contenidos del derecho a la prueba que tienen relación de intersección con el debido proceso son las reglas de la validez constitucional y legal de la prueba judicial, tanto en sus aspectos

procesales como en los sustantivos. En este caso se acuña la expresión debido proceso probatorio, pues con la misma se quiere significar que muchos contenidos del derecho a la prueba también pertenecen al debido proceso; por ejemplo, la reglas que establecen requisitos de tiempo, modo y lugar para los actos procesales probatorios; asimismo, las exigencias del debido proceso sustantivo, referidas al condicionamiento de licitud probatoria; esto es, de respeto a los derechos fundamentales en la producción del medio de prueba.

En estas condiciones, incluir el derecho a la prueba en una macrogarantía como el debido proceso tiene el inconveniente de constituir un sesgo de atribución para aquél, dado que en su caracterización la legislación y la jurisprudencia tiende a preferir los contenidos de validez jurídica, y sus mecanismos de efectividad que le son propios, como los recursos, la nulidad o la exclusión. Atribuirle contenidos y garantías de efectividad propios del debido proceso al derecho a la prueba tiene como consecuencia cercenar o minimizar los contenidos referidos a la eficacia probatoria, el aseguramiento probatorio y a las prestaciones sociales de asistencia jurídica y de pruebas periciales o de protección de testigos.

Ahora bien, en relación con el derecho de defensa, sin duda alguna, se trata de una garantía que se incluye en el debido proceso, ya que todos sus contenidos le pertenecen. Obvio es decirlo, contenidos como la eficacia probatoria, los mecanismos de aseguramiento probatorio (por ejemplo, la preconstitución

probatoria o el acceso a los documentos) y la prestación social de asistencia jurídica, de pruebas periciales o protección de testigos no están en intersección con el derecho de defensa. Por su parte, en relación con el derecho al acceso a la justicia, aunque se equiparara al derecho a la tutela judicial efectiva, lograría la intersección de los contenidos de prestación social con el derecho a la prueba, pero no incluiría los de eficacia o fiabilidad probatoria.

En suma, se pregona en este estudio por un derecho a la prueba con autonomía en contenidos y garantías para hacer realidad su efectividad tanto en el proceso judicial como por fuera de él. Precisamente, como lo pone de presente Taruffo (1984), la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la *fuerza expansiva* y su gran *importancia sistemática* en el sistema jurídico.

En esta temática de comparación entre derechos constitucionales como el debido proceso, el acceso a la administración de la justicia y otros subyace la idea del carácter de derecho fundamental de la prueba, en el caso colombiano; aspecto que se aborda a continuación.

4. Fundamentos en los valores constitucionales del derecho a la prueba

Según Chinchilla Herrera (2009: 115-116) un derecho fundamental debe comprender al menos los siguientes componentes: 1) uno de carácter axiológico, referible a los denominados derechos morales o a los derechos humanos; 2) que se concrete en un

derecho subjetivo; y 3) los mecanismos constitucionales privilegiados de refuerzo o garantía de efectividad. Para el estudio de esta caracterización constitucional del derecho a probar se analiza en este apartado los fundamentos axiológicos en los valores constitucionales de este derecho, y en los apartados que siguen se estudian los antecedentes normativos internacionales y los teórico-históricos, luego, la estructura como derecho subjetivo y los mecanismos de efectividad.

Por lo anterior, puede decirse que la prueba judicial se concibe como un concepto que hace parte del conocimiento general o común y, al mismo tiempo, pertenece al campo normativo estatal (Twining, 1985).

Al respecto Cáceres (2015), siguiendo al epistemólogo estadounidense Larry Laudan, realiza una clasificación de normas jurídicas desde la epistemología, según faciliten o no las condiciones necesarias para buscar la verdad. Así, se refiere a las normas o a las instituciones que tienen efectos contraepistémicos en cuanto se constituyen en un obstáculo en la búsqueda de la verdad. En similar sentido, también usa el término reglas *contra-epistémicas*, Gascón Abellán (1999). Por su lado, Ferrer (2007) explica que la finalidad de la institución probatoria es la averiguación de la verdad, y califica como *irracional* a una regla cuando no es adecuada para “maximizar las posibilidades de alcanzar esa finalidad”.

De otra parte, además de los valores constitucionales, también el derecho a la prueba encuentra su fundamentación normativa y teórica en la garantía del testigo, como se estudia a continuación.

5. La garantía del testigo como fundamento y antecedente del derecho a probar

La garantía del testigo a la que hace referencia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la misma que se constituye como antecedente histórico se puede rastrear como ley natural y en la antigüedad. El derecho a la prueba tiene, por tanto, fundamento normativo y antecedente teórico-histórico en la garantía clásica del testigo.

Cabe resaltar que la categoría *testigo* (entendido en un sentido amplio, de parte, de tercero, experto o de acreditación) es la que mejor identifica el significado de prueba judicial en la época actual; no solo es la categoría histórica de la prueba en sentido empírico, sino que en la actualidad existe toda una disciplina que desde la filosofía del conocimiento se dedica solo al *testimonio*. Asimismo, en el derecho convencional, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (ratificada por la Ley 16 de 1972), entre las *garantías judiciales* preceptúa el «derecho (...) de interrogar a los testigos (...) y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos» (art. 8-2-f).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968) prescribe: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones

que los testigos de cargo. Se enfatiza en este derecho convencional en la acepción de prueba como medio o instrumento.

También, la Convención de Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989 (ratificada por Colombia mediante Ley 12/91), dispone que todo menor que haya infringido la ley penal «no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad» (art. 40-2).

Otras normas convencionales no se refieren al medio de prueba testigo o perito, pero si establecen como derechos humanos reglas de juicio probatorio o de tratamiento para el justiciable como la llamada presunción de inocencia. En efecto, La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 prescribe:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art. 11-1).

Esta norma establece el principio que tiene como antecedente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Francia, donde se establece “(...) que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”. Estas normas reflejan algunos de los contenidos básicos del derecho a probar: necesidad de la prueba, la defensa o la contraprueba, de la actividad probatoria y normas de decisión (presunciones o favorecimientos).

Ahora bien, la importancia teórica actual del testimonio se encuentra reflejada en la disciplina de la filosofía denominada *epistemología del testimonio*. En esta epistemología se parte de la idea según la cual el conocimiento es una construcción social, y por ende, como lo explica Vázquez Rojas (2015) es algo que las personas comunican por la información que adquieren de otras; en el campo judicial, el juez en la decisión de los hechos, se basa tanto en la información que le transmiten otras personas, bien como testigos o porque aprenda de ellas las máximas de experiencia (aspecto social), y al mismo tiempo utiliza sus propias habilidades intelectuales para realizar los razonamientos en la determinación de los hechos (aspecto individual).

La epistemología del testimonio además de su preocupación de cómo se adquiere el conocimiento a partir de otras personas, se estudia las condiciones bajo las cuales se puede creer en la información las personas sobre los hechos; se problematiza el uso de las generalizaciones del conocimiento humano en la determinación del valor del testimonio, y se reflexiona sobre el papel que juega la confianza social en quienes dan información sobre los hechos o aplican la ciencia o la técnica para ayudar al entendimiento de los mismos y sus consecuencias (Coady, 1992 y Lackey, 2006).

Se precisa que la concepción teórica de *testigo* no riñe con el concepto dogmático de *prueba*; por el contrario, obliga al analista a considerar, en serio, una de las ventajas de los sistemas orales, en cuanto que los documentos o la

evidencia física son pruebas en la medida en que las personas los crean, o los contextualizan, o le dan sentido; además, por definición la experticia no es un documento, ni una *palabra privilegiada o de autoridad*, sino que se trata de un ser humano que aplica su conocimiento y su experiencia especializada y vital al caso. Por lo tanto, el carácter social de la prueba judicial conlleva a que los legisladores y las prácticas judiciales les den importancia a las personas que se encuentran relacionadas con las denominadas pruebas materiales; esto es, con los autores de los documentos, y con quienes obtienen y contextualizan la evidencia física.

Ahora bien, el antecedente histórico del derecho a la prueba es el derecho al testigo, como la persona que con su conocimiento de los hechos se ubica como garantía del justiciable frente al poder del soberano con su órgano de justicia. Esta idea se encuentra en la premodernidad a la manera de ley natural, y en formas de prueba en la antigua Grecia. Por ejemplo, Hobbes (1999) en su obra *De cive* de 1642, describe las *leyes naturales* de las cuales parte su influyente propuesta de estructura política de forma de gobierno, entre ellas, la obligación del juez de basar su juicio en testigos imparciales, ante la incertidumbre de los hechos

Por su lado, Foucault (2003) a partir de la literatura de Sófocles, en *Edipo Rey*, describe la importancia del testimonio en el campo judicial de la antigua Grecia. Considera que, aunque el testimonio concurría en la práctica judicial con pruebas mágicas o religiosas y con el juramento, la gran conquista de la democracia griega fue el derecho de dar

testimonio, de oponer la verdad al poder; lo cual, se logró durante el siglo V antes de Cristo.

En la época actual, los antecedentes teóricos más profundos y completos del derecho a la prueba en el ámbito iberoamericano se deben a Joan Picó (1996), por interpretación sistemática del art. 24.2 de la constitución española que expresa «todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de prueba». Asimismo, la jurista alemana Caroline Scherpe (2016), en su artículo de revista *Recht auf Beweis*, menciona que este derecho a la prueba pese a que encuentra su fundamento para el proceso civil en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6, ord. 1) que trata del «derecho a un proceso equitativo» de toda persona en litigios sobre derechos u obligaciones civiles o sobre una acusación penal, solo alguna parte de la doctrina lo ha desarrollado como garantía esencial; en este sentido, resalta a *Kofmel (Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, 1992)*, *Habscheid (Das Recht auf Beweis, in: ZZP 96, 1983)*. Al respecto, Scherpe (2016) destaca el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Montovanelli vs. Francia* (sentencia del 18 de marzo de 1997, 21497/93) que en el ámbito europeo se constituye en un obligado criterio de interpretación jurídica al interior de los estados de la Unión Europea sobre el entendimiento de la prueba como principio para los diversos juicios.

Por su parte, en Francia el libro de la jurista Bergeaud (2010: 6-65) *Le droit à la preuve*, entiende el derecho a la prueba como un derecho subjetivo procesal, y explica que esta expresión se usó, en sus

inicios, para hacer referencia a un componente del derecho sustancial especialmente, el regulado por el Derecho civil (entre ellos, propiedad, matrimonio o filiación); en este sentido menciona a Géný en 1911 (en el texto *Des droits sur les lettres missives*, de 1911), quien lo presenta como un derecho de personalidad que concurre, por ejemplo, en las misivas o cartas, con otros derechos como el secreto de la correspondencia; asimismo, la obra de Demontés en 1922 (en el texto *L'actio «ad exhibendum» en droit modern. Essai sur le droit a la preuve*) en el que a partir del derecho a la prueba critica el individualismo que regía en la época que no permitía que el individuo pudiera ser la causa de prueba.

En Italia, Taruffo (1984) se constituye en referencia obligada por la sistematización de este derecho, en cuanto a sus fundamentos, su carácter expansivo en el orden jurídico, con las consecuentes revisiones críticas de las normas procesales italianas de la época para resaltar las que se constituyen en obstáculos frente a este derecho; en cuanto a los antecedentes de la figura considera que la primera referencia clara al *diritto alla prova* como elemento esencial del derecho de acción y de la defensa se encuentra en Cappelletti-Vigoriti en 1971. Dice Taruffo (1984) que la idea de un *diritto alla prova* es muy reciente, pues, tradicionalmente, bajo el modelo de los códigos napoleónicos que ha influenciado la legislación italiana de los ochenta y aun los vigentes; incluso cuando algunos autores se refieren de un derecho *alla prova* sus reflexiones se

centran en el cumplimiento de las partes de las cargas probatorias o en las regulaciones de la actividad probatoria.

6. La prueba como derecho público subjetivo

El derecho a la prueba, como cualquier derecho subjetivo, tiene tres componentes estructurales: unos titulares del derecho, unos obligados y un objeto (Arango, 2005). *El obligado con el derecho fundamental a la prueba*. El sujeto pasivo del derecho a la prueba es el Estado y las autoridades que actúan como órganos de la justicia. En cada contexto iusfundamental le corresponde a una autoridad del Estado responder por el derecho a la prueba, según las circunstancias en que se encuentre el justiciable o litigante presente o futuro.

6.1. Garantía de la comunidad de la prueba

El principio de la comunidad de la prueba comprende a su vez tres garantías: 1) el juez, órgano público de la prueba y del proceso; 2) la indisponibilidad de la prueba, y 3) la prestación económica e institucional. En efecto, la *comunidad de la prueba* significa que la prueba judicial en la modernidad es un asunto del común, en el sentido de que pertenece a la esfera de lo público, encarnado por la soberanía misma del Estado, y de su órgano de la justicia (el juez); con mayor razón, cuando la prueba es un derecho fundamental, lo que le imprime una caracterización que impide que sea abandonada al capricho o a los avatares de las partes.

6.2. Derecho al testigo y a otros medios de prueba.

Interesa ahora es mirar como el derecho a la prueba incluye el derecho a los medios de prueba, como el testimonio, la pericia, los documentos y otros como instrumentos de los litigantes para fundar sus pretensiones de derecho sustancial. Es el mismo sentido de lo antes estudiado desde la Constitución española, en la que el fundamento del derecho a la prueba es la expresión de su art. 24.2: «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»

6.3. El derecho al aseguramiento de la prueba

Ya se ha estudiado como el carácter público del conocimiento judicial protege la prueba del capricho o de los avatares socioeconómicos de las partes; por tanto, la relación jurídico-probatoria obliga al juez a utilizar todos los mecanismos disponibles a su alcance para asegurar y producir todas las fuentes de prueba disponibles para que conformen el acervo probatorio de la decisión. El aseguramiento de la prueba también es consecuencia del desiderátum epistémico de la completitud del conocimiento judicial; el cual significa que el acervo probatorio de la sentencia debe estar constituido por todas las pruebas relevantes y razonablemente disponibles en un momento determinado (Haack, 2014).

6.4. El derecho a la legalidad y a la licitud probatoria

El derecho a la prueba, como derecho subjetivo, tiene entre sus contenidos la

garantía para todo justiciable o litigante a que la prueba que establezca la premisa menor de la sentencia, sea debida, regular, legal o lícita. Aspectos todos estos referidos al debido proceso; el cual tiene como función configurar la validez de los actos procesales o probatorios, y la violación o la infracción a tal configuración es la condición para aplicar la exclusión probatoria o la nulidad procesal.

6.5. La prueba de oficio como garantía del derecho a probar

La prueba de oficio se concibe mejor como un deber del juez que tiene como función la efectividad del derecho constitucional a la prueba. El carácter público o comunitario de la prueba judicial implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos del juez.

6.6. El derecho a la petición o presentación de la prueba

La regla general para la incorporación de la prueba judicial es la aportación de parte, pues son los litigantes o los justiciables los que viven el conflicto objeto del proceso, por lo que sobre ellos recae la investigación de los hechos. Como se ha visto, la producción del conocimiento común, técnico, científico o judicial, es un ámbito en el que concurren personas o colectivos con sus diversos intereses; en el caso judicial, actúan las partes, el juez y los órganos de prueba (testigos u otras fuentes).

6.7. El derecho a la admisión de la prueba relevante

Estructuralmente, en términos epistemológicos y abstractos se considera que es prueba para una proposición P específica si se cuenta a favor de la verdad de P, hace que sea más probable que P o simplemente confirma que P (Gelfert, 2014). Del mismo modo, este concepto base está presente en la prueba judicial cuando se hace referencia a la condición de la relevancia para hablarse de prueba.

6.8. El derecho a la práctica probatoria

En términos genéricos el derecho a la práctica probatoria es un elemento constitutivo de la legalidad probatoria, pero en términos más precisos, es un desarrollo del derecho constitucional a la admisión de la prueba relevante.

6.9. Derecho a la valoración racional de la prueba

El derecho a la presentación, la admisión y práctica probatoria son desarrollo del derecho a la prueba, pero el mismo sería ilusorio si la prueba solicitada, admitida y practicada no se pudiera tener como fundamento de la sentencia judicial. Debido a lo cual, el derecho a la prueba también incluye el derecho a la valoración probatoria (Taruffo, 1984: 107; Picó, 1996).

El derecho a la valoración racional de la prueba tiene entre sus componentes esenciales: la libertad, la necesidad y la unidad de la prueba, los razonamientos basados en la experiencia y la motivación de la decisión.

6.10. Posibilidad de revisión de la decisión sobre si está probada una hipótesis fáctica.

En términos de Gascón Abellán (1999), “si a la vista de nuevos datos pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de una hipótesis debe hacerse”. En este caso se alude a la posibilidad de la revisión de las decisiones judiciales que constituyen cosa juzgada en diversas situaciones como la prueba nueva, fraude, prueba falsa o la negligencia de los representantes judiciales.

DISCUSIÓN

Hay que decir que algunos de los puntos de partida de los resultados descritos no siempre están pacíficamente admitidos, y existen discusiones en temas como la autonomía del derecho a probar, y el carácter de derecho fundamental de la prueba.

1. La problemática de las garantías englobantes del derecho procesal

Como se ha visto, en este texto se asume el derecho a probar como autónomo con respecto a otros derechos procesales; no obstante, el tema no es pacífico, pues la tendencia doctrinaria es la incluir el derecho a la prueba en el debido proceso o en el derecho de defensa. En efecto, la Corte Constitucional colombiana, en gran parte de su jurisprudencia, no se usa una categoría género de carácter probatorio, sino que se habla de debido proceso u otra genérica como el *derecho de defensa* o *acceso a la administración de la justicia*.

Entre los ejemplos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que reducen las garantías

probatorias a la categoría debido proceso se tiene la sentencia T-006/92, la cual se constituye en la primera de la larga línea jurisprudencial aún vigente que se refiere a las garantías probatorias para efectos de su protección mediante la acción de tutela por afectación al debido proceso. Le sigue la sentencia T-531/92, protege el debido proceso por deficiencias en las pretensiones, las peticiones de prueba y por el juez en cuanto a la valoración probatoria. También la sentencia T-079/93 ampara el debido proceso, entre otras irregularidades, por prueba ilegal. Asimismo, la T-443/93 se refiere a un procedimiento administrativo policial de carácter contravencional que tiene como irregularidad la omisión de la fase de alegaciones. Igualmente, la sentencia T-576/93 se refiere a un procedimiento policivo civil por ausencia del fundamento probatorio. La sentencia T-231/94 tutela el debido proceso porque en un proceso civil se condena a perjuicios sin la prueba que los sustente. La sentencia C-1270/00 usa la expresión «garantías mínimas en materia probatoria» como parte del debido proceso. Por último, la sentencia C-496/15 equipara los términos *derecho a la prueba y debido proceso probatorio*.

En el derecho probatorio se encuentran nuevos espacios en los que se reconoce la aplicación del debido proceso, tales como en el ámbito sustantivo de las libertades constitucionales en la intervención ilícita de comunicaciones (sentencia SU-159/02). También para el control de la valoración probatoria defectuosa (T-621/02, T-235/04, T-902/05 y T-442/94), o por desconocimiento de la sana crítica

(sentencias T-442/94, C-150/93, T-336/95, T-073/97, T-439/97).

La crítica que se hace en este estudio a esta doctrina constitucional es que se le da el trato de validez jurídica a un campo epistémico, libre de reglas jurídicas; se trata, por tanto, de un control falaz, al socaire del cual se favorece la arbitrariedad y la corrupción judicial. Así la autoridad de la jurisprudencia diga lo contrario, desde la teoría probatoria no es posible darle el trato de *debido proceso* a un campo en el que no hay reglas jurídicas que controlar.

También como argumento de que el derecho a la prueba no hace parte, enteramente, del debido proceso, se encuentra la misma regulación constitucional de estos derechos, ya que el art. 29 de la Constitución Política en vez de establecer la pertenencia del primero al segundo, lo que regula es la incompatibilidad del uno con respecto al otro. En efecto, el art. 29 de la cp al mismo tiempo que establece el derecho a la prueba, también prescribe que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

También puede demostrarse la inconsistencia de incluir el derecho a la prueba en el debido proceso si se piensa en que las pruebas requieren de prestación institucional y económica por parte del Estado; aspecto este que no incide en la validez del proceso sino más bien en la legitimidad de la justicia.

Asimismo, el derecho al acceso a los documentos y los contenidos de aseguramiento probatorio del derecho de petición son contenidos en intersección con el derecho a la prueba y con el derecho al acceso a la administración de

justicia; no obstante, ninguno de estos contenidos puede decirse que también hacen parte del debido proceso. Que exista o no aseguramiento probatorio no es aspecto que incide en las condiciones de acceso a la justicia, y a la prueba; pero de manera alguna, son un problema de validez procesal (debido proceso). Por tanto, el derecho a la prueba y el acceso a la justicia comparten los contenidos del derecho al acceso a los documentos y los componentes de aseguramiento probatorio del derecho de petición.

En fin, el debido proceso puede aportar garantías como los recursos, las nulidades o la exclusión probatoria, pero contenidos como la prestación económica e institucional de asistencia jurídica o de pruebas periciales requiere de otro tipo de cautelas, como las órdenes a autoridades administrativas, la realización de disciplinarios para las autoridades o particulares que no cumplan los mandatos de los jueces, o la declaratoria de un estado de inconstitucional de cosas a fin de requerir a diversas autoridades públicas del orden administrativo para que cumplan con una determinada prestación, o realicen una determinada política pública.

Por su lado, la Constitución de la República de Ecuador de 2008, en el art. 76 (capítulo 8 Derechos de protección, del título II Derechos) establece el *derecho al debido proceso*, el cual engloba entre otras garantías «el derecho de las personas a la defensa», que a su vez incluye la garantía de “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (literal h del ordinal 7 d). Se advierte que el constituyente ecuatoriano ubica el derecho a la prueba como garantía del

derecho de defensa y esta a su vez en el debido proceso. El texto colombiano no realiza expresamente esta agrupación de los derechos; pero es la doctrina constitucional la que tiende a ubicar el derecho a la prueba en el debido proceso.

Por su parte la Constitución española establece el derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»; expresión esta que ha sido interpretada por la jurisprudencia que se ha configurado un derecho a la prueba inseparable del derecho de defensa (Picó, 1996). De esta manera se hace una inclusión del derecho a la prueba en el derecho de defensa con el inconveniente antes señalado.

2. La problemática de la prueba como derecho fundamental

Hay que decir que en la doctrina constitucional colombiana si bien no puede decirse que haya tratado el derecho a la prueba como un derecho fundamental por conexidad con el derecho al debido proceso, sí puede decirse que sus contenidos y mecanismos de efectividad se encuentran cercenados por considerar que se encuentra subsumido en tal derecho. En efecto, desde la jurisprudencia constitucional el derecho a la prueba es fundamental, y aunque en el grueso de la jurisprudencia probatoria no siempre se aborda esta problemática en concreto, tampoco se conoce alguna que lo haya negado. Las siguientes providencias de la Corte Constitucional colombiana, en su *ratio decidendi*, le dan el trato de fundamental al derecho a la prueba o en su caso, al conjunto de garantías probatorias del debido proceso:

En la Corte Constitucional colombiana, la sentencia T-393/94 es la primera que le asigna a la expresión “derecho a presentar y controvertir pruebas” el carácter de iusfundamental, al tiempo que considera que la negación de prueba puede afectar el derecho de defensa. Luego la sentencia C-598/11 cualifica como fundamental el “derecho de las partes a presentar y solicitar pruebas”, pero establece que la exigencia de requisitos desproporcionados para la admisión probatoria afecta el derecho al acceso a la administración la justicia y el derecho de defensa. La sentencia T-666/12 reconoce que “el derecho a la prueba es de rango fundamental”, tomando como precedente la T-393/94. Por su parte, la sentencia C-496/15 alude a la acción de tutela por violación al “derecho a la prueba” y reconoce su carácter de derecho fundamental autónomo; pero al mismo tiempo considera que pertenece al debido proceso.

Aunque la Corte Constitucional no lo diga expresamente, el hecho de considerar que el derecho a la prueba está incluido en el debido proceso equivale a decir que su carácter de derecho fundamental es por conexidad o por extensión. Un derecho fundamental por conexidad o extensión significa que éste no tiene ese carácter, sino que se le condiciona a que con su afectación se resulte conculcando otro fundamental (Gañán, 2011). Por lo tanto, así la Corte Constitucional no le niegue a la prueba el carácter de derecho fundamental, cuando lo incluye en el debido proceso este carácter se lo está condicionando a la existencia de éste; así,

el derecho a la prueba es fundamental solo de manera indirecta.

Así, son solo iusfundamentales los contenidos que el derecho a la prueba comparte con el debido proceso y, en consecuencia, los relacionados con la eficacia probatoria (valoración racional, cadena de custodia o prueba de referencia) o con la prestación social para el acceso a la prueba no estarían en ese conjunto; o estarían al arbitrio del juzgador de reconocerlos o no. Por ejemplo, las sentencias C-034/14 y la C-496/15 se refieren al derecho “a presentar pruebas”, como “fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso”. Así, el derecho a la prueba se libra a la suerte del debido proceso.

CONCLUSIÓN

La expresión *derecho a la prueba* es el *genus* que en el derecho contemporáneo tiene la suficiente amplitud semántica para comprender otras garantías y categorías históricas y contemporáneas del derecho probatorio, como el antiguo y aún actual *testigo*, entendido en el sentido empírico del término, y otras categorías más actuales como el denominado el *debido proceso probatorio*, o la defensa.

El derecho a la prueba es una garantía con autonomía conceptual con respecto al debido proceso; pues éste básicamente puede ubicarse en el campo de la validez jurídico-procesal, y sus mecanismos de efectividad son la nulidad, la exclusión, el rechazo o la inadmisión. Por su parte, la prueba representa una categoría que tiene componentes de validez jurídica, los cuales son subsumidos perfectamente por

la categoría debido proceso probatorio; pero tiene otros contenidos que tradicionalmente no han sido parte del debido proceso, como los de la eficacia probatoria y las condiciones materiales y económicas de acceso a la prueba. La eficacia probatoria es un campo propiamente referido a la epistemología y tiene que ver con las condiciones bajo las cuales se le puede o no creer a un testigo; esto es, la de establecer la fuerza o la capacidad demostrativa de una prueba. Asunto que no depende de reglas jurídicas, sino que se deja a la apreciación racional del juez.

Como consecuencia de este punto de partida, reducir las garantías del derecho a probar a las garantías del debido proceso sería generar un sesgo de atribución a la prueba, pues se le tendrían que asignar las mismas garantías de aquél. Por consiguiente, el derecho a la prueba solo podría garantizarse mediante mecanismos como los recursos, las nulidades o las exclusiones; lo que se constituye en un franco lastre para la efectividad del derecho a la prueba, porque éste exige otras garantías que no hacen parte del debido proceso (la prestación de asistencia gratuita, medidas de protección a testigos y peritos, aseguramiento probatorio, entre otras). Incluso, por regla general, las garantías del debido proceso a veces resultan potencialmente inconvenientes para el derecho a la prueba, ya que puede verse perjudicado con las exclusiones probatorias.

REFERENCIAS

Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección tercera. (1991). Proyecto N.º 122. Ponencia del 7 de marzo de 1991, por José Matías Ortiz. Bogotá: Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 12 de enero de 2017, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa858423.pdf>

Bergeaud, A. (2010). *Le droit à la preuve*. París: LGDJ-Lextenso éditions.

Cáceres Nieto, E. (2015). Epistemología jurídica aplicada. En J. Fabra Z, M. Farrel, A. Amaya, A. Santiago, W. Waluchow, R. Gargarella, Diez, J. L. Fabra Z., y E. Spector (Edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, págs. 2.195-2.295). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 8 de enero de 2017, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* (2, Ed.) Bogotá: Temis.

Coady, C. (1992). *Testimony: A Philosophical Study*. Oxford: Oxford University Press.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. I Teoría del derecho; II Teoría de la democracia). (A. Ibañez, C. Bayona, M. Gascón, & L. P. Ruiz, Trads.) Madrid: Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas* (2 ed.). México: Gedisa.

Gelfert, A. (2014). *A critical introduction to testimony*. (S. Hetherington, Ed.) London, New York: Bloomsbury.

Haack, S. (2014). *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Hobbes, T. (Trotta, 1999.). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid
- Lackey, J. (2006). It takes two to Tango: Beyond Reductionism and Non-Reductionism in the Epistemology of Testimony, p. 160-189. En J. Lackey y E. Sosa. *The epistemology of testimony*. Oxford: Clarendon Press-Oxford University.
- Scherpe, J. C. (1 de junio de 2016). Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 129(2), 153-186.
- Gañán, J. (2011). De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Estudios de Derecho*, 68(151), 187-212.
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Picó I Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona. Barcelona: Bosch.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007a). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de*
- Taruffo, M. (1984). Il Diritto a la prova. *Rivista de Diritto Processuale*, XXXIX (II serie) (Suplemento al N. 4).
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. (J. Ferrer, Trad.) Madrid: Trotta.
- Twining, W. (1985). *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld y Nicolson.
- Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-531 del 23 de septiembre de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-079/93 s/f
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 del 22 de abril de 1993
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-336 del 17 de agosto de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 12 de octubre de 1993
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-393 del 7 de septiembre de 1994
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-073 del 17 de febrero de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-439 del 15 de septiembre de 1997
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1270 del 20 de septiembre de 2000
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-621 del 8 de agosto de 2002
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-235 del 11 de marzo de 2004
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-598 del 10 de agosto 2011
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-666 del 24 de agosto de 2012
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496 del 5 de agosto de 2015

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992



La reproducción humana asistida: Un desafío ad cautelam para el Derecho

Assisted human reproduction: An ad cautelam challenge for Law

Claudia Lorena Morffi Collado¹
claudia@sma.unica.cu

Grisel Galiano Maritan²
griselgaliano1986@gmail.com

¹Universidad Máximo Gómez Báez, Cuba

²Universidad de Guayaquil, Ecuador

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

La investigación reúne algunas reflexiones jurídicas respecto a la aplicación y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y su repercusión para la ciencia del Derecho. Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en la manipulación de los gametos y embriones a través de diversos procedimientos, entre ellas, las más usuales son la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Su aplicación despliega repercusiones morales, teológicas y jurídicas, estableciéndose divergencias en cuanto a su aplicación práctica. La problemática se centra en la ausencia de una legislación especial en el ordenamiento jurídico cubano que regule la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; por ello, el objetivo de la investigación está dirigido a demostrar la necesidad de la formulación de una ley especial que establezca los elementos necesarios para la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. La metodología empleada en la investigación es cualitativa, y el tipo de investigación es descriptiva, utilizando como técnica para la recolección de información, la revisión de documental y la confrontación socio jurídica del pensamiento abstracto y la investigación científica, tales como el análisis-histórico, el exegético-analítico y el análisis de Derecho Comparado, para el razonamiento lógico de toda la información compilada.

Palabras clave: Técnicas de reproducción humana asistida; embrión; inseminación artificial; fecundación in vitro

ABSTRACT

The research brings together some legal reflections on the application and development of assisted human reproduction techniques and their impact on the science of Law. Assisted human reproduction techniques consist of the manipulation of gametes and embryos through various procedures, among which, the most common are artificial insemination and in vitro fertilization. Its application deploys moral, theological and legal repercussions, establishing divergences in terms of its practical application. The problem centers on the absence of a special legislation in the Cuban legal system that regulates the application of assisted human reproduction techniques; therefore, the objective of the research is aimed at demonstrating the need for the formulation of a special law that establishes the necessary elements for the proper application of techniques of assisted human reproduction. The methodology used in the research is qualitative, and the type of research is descriptive, using as a technique for the collection of information, the review of documentary and socio-legal confrontation of abstract thinking and scientific research, such as historical-analysis, the exegetical-analytical and the Comparative Law analysis, for the logical reasoning of all the compiled information.

Key words: technical of attended human reproduction; embryo; artificial insemination; fecundation in vitro

INTRODUCCIÓN

La procreación de un hijo es parte del anhelo que tienen la mayoría de los seres humanos. Sin embargo, el logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos no es algo que ocurre siempre de manera simple y predecible, pues existen eventos inesperados e indeseados que obligan a reformular las expectativas de las personas en relación con la paternidad y la maternidad.

Ejemplo de ello lo constituyen la infertilidad y la esterilidad, que, aunque parezcan términos iguales, no lo son. Según García-Moreno y Marchán (2004), la esterilidad se define como la incapacidad para concebir, tanto de la mujer como del hombre, tras un año de relaciones sexuales no protegidas. Por otro lado, la infertilidad consiste en la situación de la pareja que, consiguiendo que tenga lugar la fecundación y la implantación del preembrión, no consigue reproducirse porque la gestación se interrumpe.

Desde tiempos remotos, han sido cuantiosos los estudios sobre la reproducción, pues la única vía para procrear en la antigüedad era mediante relaciones sexuales. Sin embargo, con el transcurrir de los años, esta realidad fue cambiando, y ya en el año 1864 el doctor Hunter fue el primero en lograr una inseminación artificial de forma exitosa; posteriormente en el año 1978 los doctores Robert G. Edwards y Patrick H. Steptoe, hicieron posible el nacimiento de Louise Joy Brown en Oldham, la primera bebé en el mundo que nació como resultado de la aplicación de la fecundación in vitro.

En las últimas tres décadas, se han llevado a cabo importantes cambios que han evolucionado radicalmente el modo en que se vive o piensa; y ello ha sido posible gracias a los avances de la ciencia y la tecnología respecto a la informática, la digitalización, la biotecnología, la medicina, y la ciencia.

Sin embargo, la actitud de la sociedad respecto a la procreación varía y se manifiesta

en las sociedades de diferentes formas de acuerdo al grado de libertad y responsabilidad del individuo. Las técnicas de reproducción asistida están permitiendo cambios, a menudo radical, que se manifiestan en la aparición de nuevos modelos familiares, pues las parejas se convierten en posibles usuarios de las tecnologías que posibilitan la reproducción, incluso en condiciones de infertilidad o esterilidad. De allí que precisamente la problemática de la investigación se base en la necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) en el ordenamiento jurídico cubano.

Por consiguiente, el objetivo de la investigación está dirigido a demostrar la necesidad de una regulación adecuada de las TRHA, mediante una ley específica que ofrezca soluciones jurídicas prontas, eficaces y justas de cara a la aplicación de estas técnicas en el Derecho familiar cubano.

DESARROLLO

Las técnicas de reproducción humana asistida. Consideraciones generales

El desarrollo científico alcanzado por la humanidad en los últimos siglos propició el auge de los estudios sobre la procreación y sus ramificaciones biológicas. Por ello, varios han sido los experimentos realizados en búsqueda de los misterios de uno de los mayores logros del ser humano, su existencia.

El primer científico en efectuar exitosamente una inseminación artificial fue el destacado doctor HUNTER en 1864 y posteriormente en 1887 el doctor DICKINSON practica la primera inseminación, en la que se utiliza el semen de un donante. Sin embargo, a pesar del desarrollo de varios logros experimentales en este campo, no es hasta 1978 que nace la primera persona en la historia de la humanidad como resultado de varios años de ardua investigación por parte de los doctores Edwards y Steptoe de Cambridge (Vázquez, 1999: 289).

Bajo la denominación de técnicas de reproducción asistida pueden englobarse una serie de procedimientos científicos diseñados para estos fines. Las más usuales son la inseminación artificial, en lo adelante (IA), que consiste en la introducción del semen del hombre en el útero de la mujer sin que medie contacto sexual, y la fecundación *in vitro*, en adelante (FIV), por el cual se extrae el óvulo de la mujer y se procede a su fertilización con el semen masculino en un medio extracorpóreo. En los casos de inseminación artificial, la fecundación se produce dentro del útero femenino; en tanto, en los de fecundación *in vitro*, la concepción proviene de un procedimiento científico extracorpóreo.

Según Rodríguez Corría, 2002, la fecundación *in vitro* es la técnica de reproducción asistida mediante la cual los espermatozoides son sometidos a una investigación dentro de un medio de cultivo a 37 grados C durante dos días, posteriormente los embriones serán insertados en el útero materno para completar la fertilización natural, o en el útero de las llamadas madres sustitutas (Rodríguez, 2002: 4).

Recientemente han aparecido otras técnicas de reproducción asistida, entre ellas la intratubaria de gametos, mediante la cual se insertan el óvulo y el espermatozoide de manera mecánica en una cánula, la que queda introducida en el útero de la mujer donde se realiza la fecundación. Esta técnica es utilizada conjuntamente con la FIV para la transferencia intratubaria de cigotos, donde se transfiere el cigoto fecundado a las trompas de la mujer y no al útero (Corral, 1992: 439).

La fecundación artificial mediante alguna de las técnicas de reproducción humana asistida consiste en realizar un procedimiento biológicamente natural a través de un laboratorio, sirviéndose de instrumentos externos diseñados para aumentar el éxito de la fertilización. Los fines perseguidos pueden ser producto de la esterilidad, la prevención, el tratamiento de enfermedades de origen

genético o hereditario y la investigación con gametos u óvulos fecundados, este último ha conllevado a un problema en la protección jurídica del preembrión, pues el mismo no puede ser considerado como una mercancía que pueda ser utilizada y desechada según intereses médicos.

La procreación ha pasado de ser un acto completamente natural, a uno complejo debido a las transformaciones médicas de las que ha sido objeto en los últimos años. La concepción humana ha evolucionado desde la simple intervención de dos personas del sexo opuesto, a la participación de varias técnicas con repercusiones legales significativas. Varios son los ordenamientos jurídicos que reconocen y regulan las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, en Cuba, aun no existe una legislación específica que norme la aplicación de estas técnicas, a pesar de realizarse desde hace más de veinte años, permitiendo que muchas parejas que sufren de infertilidad hayan podido lograr el tan anhelado sueño de ser padres.

Status jurídicos de los embriones. Breve recorrido por el Derecho comparado

El embrión forma un organismo en sus primeras etapas de desarrollo, el cual, a pesar de depender de sucesos externos, contiene al menos potencialmente las condiciones para convertirse en un ser humano. De acuerdo a Rodríguez Yunta, 2001 el embrión emerge como ser humano desde la unión del óvulo materno con el espermatozoide, perteneciendo a la misma especie que sus progenitores, encontrándose dotado de una constitución genética humana que programa su estructura fisiológica y psicológica lograda a través del desarrollo continuo de disímiles genes impresos en el material genético del cigoto (Rodríguez, 2001: 262).

A pesar de que en las primeras etapas del desarrollo embrionario (tres meses) no existe aún en el cigoto autoconciencia, memoria,

imaginación, estas características si se encuentran latentes en el material genético. La formación de gemelos no niega la condición individual del embrión como ser humano, pues para que ocurra una célula debe ser separada del resto y dar lugar a otra vida.

Establecer si puede ser considerado como un futuro ser humano distinto de su madre dotado de un contenido genético propio y característico, es de vital importancia a la hora de reconocer su protección jurídica. Según Zapata, el embrión es considerado persona al estar dotado de un patrimonio genético distinto al de sus progenitores que lo individualizan, creando un nuevo ser, posición que es reconocida por la Iglesia Católica, otorgándole la condición de ser humano desde el momento de la fecundación (Zapata: 1988: 379).

El término persona se refiere al sujeto capaz de derechos y obligaciones, determinar el momento exacto en que se adquiere esta condición ha sido objeto de estudio del Derecho Civil. El Código Civil cubano regula en su artículo 24 que la personalidad comienza con el nacimiento y no se extingue sino con la muerte. Una rápida lectura del artículo 24 podría llevar a la conclusión errada de que nuestro Código se afilia a la teoría del nacimiento, *empero*, al interpretar el artículo 25 se puede apreciar que el Código se acoge a la teoría ecléctica. El Código Civil cubano somete al *nasciturus* a la *conditio iuris* de nacer vivo, posición que representa la negativa de otorgarle la condición de persona al embrión humano (Valdés, 2006:101).

A consideración de Valdés Díaz, 2017 la condición humana del embrión no conduce necesariamente a su reconocimiento como persona desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando se habla del *nasciturus* o concebido, se hace alusión al ente humano producto de la concepción en el período comprendido desde la fecundación, hasta su separación del útero materno, incluyendo la

fase embrionaria como el período fetal; por ello, el embrión no es considerado persona, pues no existe individualización de la madre, dependiendo de ella o de elementos externos (Valdés, 2013: 379). (Valdés, 2017: 25). Posición similar es asumida por Vera Barberán (2017: 63), el que considera imposible desde una perspectiva legal que el embrión no anidado tenga vida humana jurídicamente tutelable.

El Código Civil español establece en su artículo 15 el derecho de todas las personas a la vida, regulación que ha sido objeto de debate sobre el apoyo al *status* del embrión humano como persona, hecho que acarrearía la ilegalidad del aborto provocado. Sin embargo, es válido señalar que la legislación española se acoge a la teoría de considerar persona solo a aquellas que sobrevivan 24 horas separadas del claustro materno y que además tenga figura humana, así lo establece el artículo 30 del propio cuerpo legal, de allí la imposibilidad de considerar el embrión como persona, garantizando su protección a través del artículo 15. En ese orden, el contenido del artículo 30 y las técnicas de reproducción asistida son compatibles, siendo determinante para el nacimiento de la persona cumplir con los requisitos establecidos en este artículo, sin incidir de manera alguna el procedimiento procreador empleado (Cabanillas, 1993: 3).

En España, existen leyes especiales encargadas de regular todo lo referente a las TRHA; ejemplo de ello es la Ley 35 de 22 de noviembre de 1988, hoy derogada, y la Ley 14 de 26 de mayo de 2006. Estas normativas brindan la posibilidad de utilizar las TRHA a mujeres solas, sin embargo, no se hace referencia expresa a las uniones de hecho (DÍAZ, 2002: 1). La ley 35 de 1988 plantea que el embrión no es persona al menos durante catorce días, sin embargo, no puede ser considerado una cosa, protegiendo de esta forma su vida como bien jurídico. En la actualidad, esta ley no tiene efectos jurídicos, y, en su lugar, es establecida la Ley 14 de 26

de mayo de 2006 que regula todo lo referente a las TRHA asistida en España.

El Código Civil chileno mantiene una posición similar, al negarle la condición de persona al embrión en el artículo 74, posición que cambia en el artículo 75 al otorgar resguardos a favor del embrión y disponer que el juez debe tomar todas las providencias posibles para proteger al no nacido. Por otra parte, el Código Civil colombiano establece en su artículo 90 que la existencia legal de toda persona se encuentra determinada al momento de nacer, es decir, cuando se produce la separación de la madre, señalando el nacimiento como el momento en que el sujeto se considera persona.

A *contraris*, en septiembre del 2009, el estado mexicano de Querétaro modificó su constitución local para incluir el derecho a la vida de los seres humanos desde el momento mismo de su fecundación, modificación constitucional que fue declarada por MENDOZA (2015, p. 32). En ese sentido, negarle al embrión la condición de ser humano, supondría que este no reúne los requisitos que lo definirían como tal, y, por consiguiente, esta exigencia se vería en algún momento posterior del desarrollo embrionario, sin embargo, no existe ningún momento biológico determinante que condicione al embrión científicamente como humano, su crecimiento proviene de un proceso continuo donde inciden diferentes elementos. De allí que, desde el punto de vista científico, el ser humano obtiene esta condición desde su condición de cigoto, estado que condiciona su posterior avance biológico.

Asimismo, en el sistema legal peruano, al embrión se le reconoce su condición de persona, al regular que la vida humana comienza con la concepción en el artículo primero del Código Civil, siendo sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, condicionando la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo. Esta posición cierra firmemente la posibilidad de manipulación e investigación

genética con el embrión, protegiendo su dignidad, integridad física y el derecho a la vida.

Por lo que se destaca que, las opiniones sobre el estatus jurídico del embrión han sido diversas, no obstante, de su reconocimiento como persona, y, por ende, como sujeto de derecho, es visible la necesidad de que exista un cuerpo legislativo que regule su manipulación, pues con independencia de la consideración jurídica que le sea atribuida, este representa el inicio de la vida humana, por lo que merece la protección y el respecto a su integridad, la cual puede verse comprometida mediante la manipulación y crioconservación de células pronúcleos.

La maternidad subrogada o por sustitución

La filiación materna nunca fue objeto de exhaustivos análisis debido a su notable evidencia, *empero*, con el surgimiento de las TRHA, los términos madre y padre han dado un giro significativo en cuanto a su estatus jurídico y relación con el menor concebido. En cuanto a su conceptualización, encontramos en la jurisprudencia cubana la Sentencia No. 222 de 31 de julio del 2009 que define la filiación como la forma en que se concreta el hecho de la concepción biológica desde el punto de vista legal. En ese sentido, las TRHA han introducido la maternidad subrogada o por sustitución incluyendo dos variantes: la que aporta el útero y lleva al concebido durante su desarrollo embrionario y no es su madre biológica (no es su óvulo); y la que aporta el útero y el óvulo. El problema real es precisar a quién le pertenece la maternidad, en el primero de los casos existe la madre biológica que aportó el contenido genético; y la gestante que auxilió durante 9 meses el desarrollo del embrión y lo trajo al mundo; igual reclamación podría establecer la madre subrogada que aportó el óvulo y el útero, alegando que ella es su verdadera madre.

De tal manera que, conforme a Derecho, y si se atiende a lo dispuesto en el artículo 76

del Código de Familia cubano, nada impide para que la madre subrogada incumpla con el acuerdo previo de entrega del niño después del nacimiento, pues quedará probada la maternidad de esta por el hecho del parto, encontrándose la madre genética (en los casos que aporte el óvulo) en un estado de indefensión jurídica, pues no existe norma específica encargada de regular las TRHA, aun cuando hace más de veinte años que son practicadas.

Por su parte, el artículo 37 de la Constitución de la República de Cuba dispone: “El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad”. De acuerdo al matiz de igualdad que caracteriza a nuestra Constitución, podemos concluir que este artículo también ampara la investigación de la maternidad. El artículo 371 del Código Civil peruano reconoce la posibilidad de impugnar la maternidad en caso de parto supuesto o suplantación del hijo. De tal manera, el Derecho familiar cubano no distingue la filiación matrimonial de la extramatrimonial, a *contrario* del Código Civil español que si lo reconoce en su artículo 65 al establecer la igualdad de los hijos cualquiera que sea el estado civil de los progenitores. Si la mujer usuaria de la TRHA se encuentra casada, se presumirá que el hijo es del esposo, calificándose la filiación de matrimonial según el artículo 116 del Código Civil español; en cambio, si el hijo nace una vez disuelto el vínculo y transcurren trescientos días de la separación legal o de hecho, este se entenderá como extramatrimonial.

En el caso cubano, de acuerdo al artículo 47 de la Ley cubana del Registro del Estado Civil, la inscripción y reconocimiento filiatorio será declarada por ambos padres; la procreación a través de las TRHA por parte de una madre soltera determina la clasificación de filiación extramatrimonial. Por ello, la incertidumbre de la determinación de la

filiación, ya sea paterna o materna, adquiere grados superlativos cuando la procreación se ha realizado utilizando las TRHA. En cuanto a la maternidad de la madre que aportó el óvulo, pero no el útero, y por consiguiente no dio a luz a su hijo, no opera la presunción establecida en el artículo 76 del Código de Familia cubano, y nada impide que la madre gestante pueda negarse a entregar el niño por considerarlo como suyo, siendo imposible la redacción de un contrato que regule el acuerdo previo debido a la ilicitud de consideración del embrión como objeto comercial.

Por tanto, los términos madre biológica y gestante se encontraban preconcebidos como iguales, sin embargo, a la luz de los adelantos científicos, esta paridad ha cambiado para desarrollarse por separado. Regular las relaciones filiatorias incluyendo la maternidad subrogada o sustituta, han determinado abandonar la correspondencia entre madre biológica y gestante, encerrando un nuevo mundo de posibilidades jurídicas que necesitan protección, y todo ello, en virtud del superior interés del menor involucrado.

La paternidad y donación del esperma

Reza un viejo proverbio “*pater is quem nuptiae demonstrat*”, esta concepción se transformó al admitir en varias legislaciones la investigación de la paternidad, sustituyendo el criterio anterior por la regla “*pater is quem sanguis demonstrant*”. Esta concepción es seguida por el Código Civil español en sus artículos 136 al 141. Por su parte, el artículo 83 del Anteproyecto de Código de Familia cubano dispone: “En todo proceso de filiación puede practicarse la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas”. No obstante, la entrelazada complejidad de la relación paterna filial ha demostrado que no solo puede ser atendido el vínculo biológico o consanguíneo, pues negaríamos el parentesco que produce la

adopción, la cual crea entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos que pudieran desencadenarse de una relación unida por el lazo sanguíneo.

La donación de semen y su utilización en el desarrollo de las TRHA han alcanzado un incremento acelerado, de manera tal que, en la actualidad, existen bancos de espermias congelados, a los que la futura madre puede acceder, encargando las características de su hijo mediante un catálogo en el que se describe los atributos genéticos del donante. La mayoría de estos casos son resguardados por un acuerdo de confidencialidad, según el cual no deberá ser revelada la identidad de la persona.

Generalmente, la utilización de la reproducción asistida heteróloga, es decir, con la intervención de un tercero, requiere el consentimiento del marido para evitar que la paternidad pueda ser impugnada en virtud de la teoría de actos propios, no obstante, el derecho de impugnar la paternidad no se ve limitado, pues según Gumucio Schönthaler, (1994) el Derecho de Familia proviene de normas de orden público que por su importancia no deben ser objeto de estipulaciones contractuales, por lo que la acción de impugnación no es removible, ni irrenunciable (Gumucio, 1994:337).

El Código de Familia cubano establece en su artículo 74 que se presumirán hijos comunes los nacidos durante la vida matrimonial y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias; por lo que se entenderá como hijo propio el que nazca dentro de los supuestos anteriores. Por otra parte, el artículo 75 establece que se presumirá la paternidad cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado, cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción, y cuando

la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia.

Así, en los artículos 74 y 75 del referido cuerpo legal resultan amplios en su formulación, intentando incluir el conjunto de posibilidades que puedan acontecer, y en se sentido, nos formularíamos las siguientes interrogantes: ¿qué respuesta normativa tendría la determinación de la paternidad si han sido utilizadas las técnicas de reproducción humana asistida?; ¿a quién correspondería la paternidad en el supuesto que el semen utilizado sea de un tercero y la madre se encuentre unida en matrimonio? Ante estos supuestos, el artículo 76 refiere que se presumirá la paternidad cuando pueda inferirse de la declaración del padre, por consiguiente, supongamos que esta es realizada por el esposo de la gestante y no por el padre biológico, o cuando hayan sido notorias las relaciones maritales o la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia, y en ninguna de estas situaciones coincida el padre biológico.

Por otra parte, el Código de Familia cubano es omiso al respecto, sin embargo, el artículo 112 del Anteproyecto del Código familiar establece que cuando una mujer y un hombre, unidos en matrimonio formalizado o no, acuerden voluntaria y expresamente la utilización de una de las TRHA para lograr el embarazo de la mujer, con el aporte del semen de otro hombre conocido o desconocido, el cónyuge de ésta no puede impugnar la paternidad del hijo o hija así concebido. No obstante, mantiene el derecho a impugnarla el cónyuge que acceda a estas técnicas, aportando su propio semen, y comprobando con posterioridad que el proceder se realizó con los gametos de un donante.

En cuanto a la imposibilidad de reclamación de la paternidad por parte del donante, una vez acordada de forma voluntaria la donación, el Anteproyecto del Código de Familia cubano establece en su

artículo 113 que cuando un hombre de manera voluntaria aporta el semen a una mujer para su utilización por medio de cualquiera de las TRHA, previo acuerdo, haciéndose constar en documento público notarial, este no tiene el compromiso ni la responsabilidad de reconocer como propio el hijo o hija concebido, y por tanto, la mujer no puede imputarle la paternidad lograda bajo dicha condición.

Las TRHA han transformado la regla de “*pater is quem sanguis demonstrant*”, pues el padre puede no coincidir con el padre biológico, por lo que debemos reconceptuar la antigua relación familiar por una nueva que incluya una filiación materna y paterna que no se derive de la consanguinidad, ni de la adopción, sino de la posible concepción mediante los procedimientos científicos. Este concepto que una vez sustituyó el adagio “*pater is quem nuptiae demonstrat*”, debe remplazarse por otro que contenga la posibilidad de otorgar vida a través de las TRHA.

METODOLOGÍA

Los principales referentes teóricos utilizados para la investigación se obtuvieron a través de la revisión pormenorizada de artículos y textos de algunos autores considerados como referentes de obligado uso, tales como Díaz Ambrona (España); Mendoza (México); Rodríguez Yunta (Chile); Valdés Días (Cuba); Vera Barberán (Paraguay).

Los resultados obtenidos mediante esta investigación son de índole teórico y práctico, de utilidad tanto para los académicos, como para los operadores del Derecho. Desde el orden académico se establecieron las pautas doctrinales para el estudio de las TRHA, a través de la creación de un material bibliográfico actualizado que brinda una amplia panorámica sobre el tratamiento jurídico y de derecho comparado que tiene la temática. En el orden normativo, se

identificaron los principales presupuestos normativos a considerar para la creación y aprobación de una ley de carácter especial que regule lo concerniente a la aplicación de las TRHA, y las implicaciones que ello traería consigo, siempre y cuando garanticen una protección efectiva a las personas que acuden a este tipo de procedimientos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Desafíos en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano

A pesar de no contar con una Ley específica que regule la aplicación de las TRHA, en nuestro país son practicadas hace varios años a través de normas afines como el Código de Familia y el Código Civil. De la interpretación de la norma podemos colegir que las disposiciones actuales de nuestro ordenamiento jurídico solo brindan la posibilidad de uso de las técnicas a las parejas casadas legalmente, y aquellos que mantienen uniones consensuales según el artículo 18 del Código de Familia, previo cumplimiento de los requisitos de estabilidad y singularidad requeridos, deduciéndose la imposibilidad de la práctica de estas técnicas en parejas de homosexuales, a los cuales nuestras leyes no reconocen el derecho de contraer matrimonio (Pérez, 2000: 1). En igual medida, solo podrán acceder a las TRHA las personas que tengan la plena capacidad de obrar establecida en el artículo 29 del Código Civil cubano.

Varios son los problemas que pueden referenciarse debido a la ausencia de regulación especial que sobre las TRHA existe en el ordenamiento jurídico cubano. En primer lugar, en nuestro derecho, la paternidad es una realidad biológica establecida en el artículo 75 del Código de Familia, incluso esta situación se ve reflejada en la atribución de la paternidad al padre del matrimonio disuelto cuando se desea contraer matrimonio dentro de los trescientos días

siguientes de terminada la unión, exigiéndose un certificado médico que demuestre si existe estado de gravidez.

En Cuba, los centros que realizan la inseminación con el semen de un donante, exigen a los cónyuges la firma de un documento, exonerando al grupo médico de cualquier situación legal que se pueda presentar respecto a las consecuencias de dicho tratamiento, tanto para la pareja, como para el niño o la sociedad. Exigencia que desde el punto de vista médico puede ser aceptada, resultando loable examinar el tipo de tratamiento jurídico que recibirá ese niño concebido por las TRHA; y si un documento privado constituirá el medio idóneo para plasmar la voluntad de las partes y otorgarle credibilidad de conformidad con la ley, presupuestos presentes en los instrumentos públicos que, dotados de la fe pública notarial, imprimen un sello de legalidad, autenticidad y presunción de veracidad, constituyendo prueba plena solo imputable ante casos de nulidad acaecidos en proceso ordinario ante el Tribunal Provincial Popular, documento que en nuestro criterio, constituiría el mecanismo idóneo para plasmar la voluntad de las partes y el consentimiento de realizar este acto, valorando en todo momento la importancia jurídica, moral y social que representa concebir una nueva vida.

Otra de las problemáticas que genera la temática sería la determinación de la maternidad, la cual como se ha referido, se prueba con el parto según el artículo 76 del Código de Familia, supuesto no concluyente si la concepción se ha realizado por medio de las TRHA, en el que puede no coincidir la gestante con la madre biológica; o aun siendo la madre biológica, esta acceda a la entrega del niño, y otra mujer sea la que desempeña el papel legal que precisa el menor.

Así que, la legislación nada establece acerca del cuál sería el instrumento idóneo para plasmar lo convenido por las partes, pero desde el punto de vista contractual, el

embrión no puede ser objeto de contrato, pues no se considera la vida humana como un bien apropiable o comercial. Se entiende entonces la escritura pública como el medio más idóneo a emplear, instrumento que permite conocer la voluntad de los comparecientes como prueba de la legalidad, autenticidad y presunción de veracidad, seguridad jurídica que no solo se verá reflejada por la fe pública notarial, sino además por el funcionario encargado de autorizar el instrumento.

Si bien es cierto que, en el país son practicadas las TRHA, no existe un cuerpo normativo especial que las regule, normándose por interpretaciones de preceptos que no se encuentran forjados para recoger todo el conjunto de situaciones jurídicas que traen aparejada la utilización de las TRHA.

CONCLUSIONES

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida ha conllevado a análisis teológicos, morales y jurídicos sobre sus efectos y repercusiones. La regulación de las relaciones filiatorias incluyendo la maternidad subrogada o sustituta, han determinado abandonar la correspondencia entre madre biológica y gestante, reconceptuando la filiación paterna y materna adquirida en la actualidad por el empleo de alguna de las TRHA, la que no encuentra en Cuba amparo jurídico.

La implementación de una ley especial que regule las técnicas de reproducción humana asistida constituye una necesidad imperiosa en el ordenamiento jurídico cubano, la inclusión de elementos fundamentales respecto al tema en la perenne elaboración del Anteproyecto de Código de Familia subsanaría algunas de las carencias actuales, pero no representaría una adecuada respuesta a la orfandad legislativa en la que se encuentra la aplicación de las TRHA en el Derecho cubano actual, insuficiencia que sería

solucionada con la creación de una ley especial que propicie el tratamiento necesario para su aplicación e ilumine la oscuridad jurídica en la que se encuentran nuestro ordenamiento, cuyo principal objetivo sería la protección, no solo del interés del menor concebido, sino el respeto de la propia vida humana como baluarte de existencia del hombre, atributo que no puede constituir jamás objeto de comercio o desatención.

REFERENCIAS

Fuentes doctrinales

- Cabanillas Sánchez, Patricio. (1993). *Comentarios al Código Civil Español, Capítulo I, De las personas Naturales*, Tomo I, Vol. 3, 2da Edición, Editorial V.lex, enero
- Corral Talciani, Hernán. (1992). "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 19, No. 3, Santiago de Chile
- Díaz-Ambrona Badajá, M^a Dolores. (2002). "Técnicas de la reproducción humana asistida en la legislación española. Su problemática en las uniones de hecho", XXII Congreso Internacional de Derecho de Familia, en edición
- García-Moreno Marchán, Rosada, (2004), "Estudio de esterilidad. Diagnóstico de la pareja estéril", en *Ginecología y Obstetricia Clínica*, Barcelona, España.
- Gumucio Schönthaler, Juan Cristóbal. (1994). *Procreación asistida heteróloga. Efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 21, No. 2, Santiago de Chile
- Mendoza C., Héctor A, (2015). "El inicio de la vida: discurso bioético-jurídico en la Legislación Mexicana", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, enero
- Rodríguez Corría, Reiner. (2002). "Las técnicas de reproducción asistida un reto moral y jurídico", en *XXII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, en edición
- Rodríguez Yunta, Eduardo. (2001). "Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 28, No. 2, Santiago de Chile
- Pérez Contreras, María Monzerrat. (2000). "El derecho de los homosexuales", Cámara de diputados, LVIII legislatura, Universidad Autónoma de México, primera Impresión, México
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *et.al.*, (2006), *Causa de las relaciones jurídicas civiles*, en *Derecho Civil, Parte General*, Primera Edición, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2013). "Comentarios al Código Civil cubano", Tomo I. Disposiciones Preliminares, Libro Primero, Vol. I, Editorial Félix Varela
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen, (2017) "El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida. Crónicas de una vida anunciada", en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México. ISSN 1870-2147. Nueva época vol. 11, no. 39. Enero - junio
- Vera Barberán, LA., (2016) "Aspectos legales de la fecundación in vitro. Un análisis de la necesidad de su regulación por el ordenamiento jurídico paraguayo", en *Revista Jurídica*, Volumen 4, Número 1
- Zapata Larraín, Patricio. (1988). "Persona y embrión humano. Nuevos retos legales y su solución en el Derecho Chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 15, Santiago de Chile

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 7 del 1 de agosto de 1992
- Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial el 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto No. 1937/1976 de 29 de noviembre, del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile
- Código Civil de la República Colombiana, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por la Ley No. 57 de 1987, edición a cargo de César Pereira Monsalve, Medellín, marzo, 1994

Código Civil de España redactado por Decreto 1836 de 31 de mayo 1974; en desarrollo de la Ley 3 de 17 de marzo 1973

Código de Familia (anotado y concordado), 2ª edición, Divulgación, Ministerio de Justicia, La Habana, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, Divulgación MINJUS.

Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Palma Martínez, Jorge, Ediciones y Distribuciones "Palma", Lima, 1994

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación de MINJUS, La Habana, 1988

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia

Fuentes Jurisprudenciales

Sentencia No. 222 de 31 de julio del 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba



El hábeas data: mecanismo de garantía procesal frente a las nuevas tecnologías

Habeas data: procedural guarantee mechanism against new technologies

Luis Oswaldo Ordóñez Pineda
loordonez@utpl.edu.ec
Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

La garantía jurisdiccional de Hábeas Data constituye un mecanismo procesal que atribuye protección constitucional frente al impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), en lo que respecta a la tutela del derecho fundamental a la autodeterminación informativa. La metodología aplicada para el estudio de este fenómeno jurídico se derivó de la teoría tridimensional del derecho. Así, el objetivo de esta investigación se justificó a partir del estudio y análisis del régimen jurídico en Ecuador para la garantía del Hábeas Data; y, caracterización de los presupuestos jurídicos necesarios para garantizar su ejercicio en la sociedad de la información. Al respecto, la doctrina considera que el habeas data y el derecho a la autodeterminación informativa constituye un instituto de garantía de otros derechos fundamentales y que, en la sociedad de la información, no se trata de impedir el uso de TIC sino de conciliar estas con el respeto de la dignidad del hombre. Como principales resultados están la importancia de las resoluciones de la Corte Constitucional en donde se precisa la incorporación en el Derecho de nuevos conceptos relacionados con esta garantía. Cardinalmente, la libertad informática y autodeterminación informativa se presentan como instituciones jurídicas orientadas a tutelar no solamente el "acceso" sino también el "control" sobre los datos personales. Por ello, en la era tecnológica se concluye que el Hábeas Data debe garantizar la libertad informática en lo concerniente al tratamiento "ilegítimo" y "no autorizado" de la información personal.

Palabras clave: Habeas data; Autodeterminación informativa; Datos personales; Derechos fundamentales; Garantías jurisdiccionales

ABSTRACT

The jurisdictional guarantee of Habeas Data constitutes a procedural mechanism that attributes constitutional protection opposite the impact of new information and communication technologies (ICT), in what concerning the protection of the fundamental right to information self-determination. The methodology applied to the study of this legal phenomenon was derived from the three-dimensional theory of law. In this way, the objective of this research was justified with base on the study and analysis of the legal government in Ecuador for the guarantee of Habeas Data; and, characterization of the legal assumptions necessary to guarantee its exercise in the information society. In the case, the doctrine considers that habeas data and the right to informative self-determination constitute an institute for the guarantee of other fundamental rights and that, in the information society, the object is not to restrict the use of ICT, rather the intention is to reconcile them with respect for the dignity of citizens. The main results are the importance of the resolutions of the Constitutional Court where the incorporation into the Law of new concepts related to this guarantee is required. Fundamentally, informational freedom and informational self-determination are presented as legal institutions aimed at protecting not only the "access" but also the "control" of personal data. Therefore, in the technological era, it is concluded that the Habeas Data must guarantee the freedom of information concerning the "illegitimate" and "unauthorized" treatment of personal information.

Key words: Habeas data; Informative self-determination; Personal data; Fundamental rights; Jurisdictional guarantees.

INTRODUCCIÓN

Los progresivos cambios en el marco regulador de la información personal han logrado instituir en la garantía jurisdiccional del habeas data varias denominaciones que pretenden abarcar no solamente su fundamento sino también el conjunto de facultades que se atribuyen a las personas frente al tratamiento de su información.

Indudablemente, una de las principales fuentes de este cambio ha sido los avances tecnológicos y que exige del Derecho la articulación de nuevos preceptos elevados en el orden constitucional a libertades fundamentales y garantías constitucionales como instituciones reguladoras de hechos que afecte a la dignidad humana.

Considerándose con toda seguridad como la primera resolución sobre la materia, en 2001 el entonces Tribunal Constitucional en la Resolución Nro. 28¹ reconoció que la institucionalización de la garantía de habeas data en el Derecho Constitucional Latinoamericano ha ido progresivamente advirtiendo “nuevas dimensiones con la expansión de la informática, los sistemas de Internet y conjugando con aquellos derechos que, de modo directo o mediato sirven para tutelar o garantizar esos derechos inalienables y universales, como son aquellos ligados a la dignidad del ser humano”.

Asimismo, posterior al reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal o de autodeterminación informativa en la Constitución de 2008, la Corte Constitucional en la Resolución Nro. 19² ha señalado que el texto constitucional actual consagra al habeas data como “un derecho fundamental en sí

mismo, independiente de otros y como un mecanismo de protección de otros derechos fundamentales”.

Por tanto, tal como señala Davara (2005), el habeas data vinculado como un derecho fundamental se refiere:

...al amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

De esta manera, esta investigación tiene especial importancia a partir de que la garantía de habeas data se concreta con la protección de la información de carácter personal a través de la tutela del derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, especial enfoque tiene el análisis del control y tratamiento de los datos personales mediante los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Se concibe desde esta perspectiva que el habeas data -como un mecanismo de protección de otros derechos fundamentales- se constituye como una acción de control constitucional de un instituto de garantía de otros derechos fundamentales.

Como señala Murillo de la Cueva y Piñar (2011) el derecho a la autodeterminación informativa debe considerarse como un instituto de garantía por cuanto “siendo como es un derecho fundamental, es asimismo requisito para que otras libertades sean respetadas. Impide (debería impedir) que la información disponible sobre las personas pueda ser utilizada en contra de sus derechos y libertades” (p.109). Al respecto, de conformidad a la resolución que antecede, la Corte Constitucional en coincide con la doctrina en posicionar que este instituto de garantía protege entre otros derechos, “el

¹ Véase el Registro Oficial Suplemento 281 de 9 de marzo del 2001 (caso signado con el Nro. 39-2000-HD).

² Véase el Registro Oficial 18 de 3 de septiembre del 2009 (caso signado con el Nro. 14-09-EP).

derecho a la honra, al honor, a la intimidad, al buen nombre, a la imagen, a la verdad, al patrimonio, a la privacidad, a la voz y a la autodeterminación informativa frente al abuso y negligencia en el tratamiento de la información”.

Bajo las anotaciones que anteceden, la hipótesis y objetivos que se pretenden desarrollar en la investigación surgen a partir del estudio el hábeas data como un mecanismo de garantía procesal frente a las nuevas tecnologías lo cual nos permitirá contextualizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, tomando en cuenta que el desarrollo de las denominadas tecnologías de la información y comunicación también afecta al tratamiento de los datos de carácter personal como resultado de su circulación ilimitada y el libre acceso que se puede ejercer en una sociedad en red, evidentemente, sin mediar el consentimiento de las personas.

Asimismo, se pretender conceptualizar que el habeas data y el derecho fundamental a la autodeterminación informativa se configuran como un derecho fundamental en sí mismo que atribuye a la persona el derecho de controlar su información frente a posibles violaciones de los derechos de honra, intimidad, privacidad, etc.

En suma, a través de este estudio se tratará de afianzar la importancia del habeas data frente a las nuevas tecnologías. El debate teórico permitirá que en la práctica se materialice la efectiva tutela del derecho a la autodeterminación informativa y a su vez, procesalmente, se concrete la efectiva seguridad jurídica mediante las facultades que atribuye el habeas data. Se destacan en este contexto dos aspectos de singular importancia. El primero relacionado con el poder de controlar el tratamiento de la información e imponer a terceros limitaciones a través del derecho fundamental en la constitución y mediante la regulación en su ejercicio; y, el segundo, relacionado con el

control constitucional consolidado en el habeas data.

METODOLOGÍA

La metodología de investigación se desprende de la teoría tridimensional del derecho. Es decir, se aborda el problema de investigación desde una perspectiva holística de tal suerte que el derecho fundamental a la protección de datos personales y el hábeas data como un mecanismo de garantía procesal frente a las nuevas tecnologías serán conceptualizado como hecho, valor y norma.

Con esta base y a fin de justificar los objetivos propuestos, la investigación desarrollada es de tipo: a) Explicativa, por cuanto consideró el estudio y análisis del régimen jurídico en Ecuador para la garantía del Habeas Data; y, b) Analítica, por cuanto se conceptualizó y caracterizó en la sociedad de la información los presupuestos jurídicos necesarios para garantizar su ejercicio en la sociedad de la información.

RESULTADOS

Según expone Pérez Luño (1996), el derecho a la protección de datos personales se fundamenta en:

Garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que le conciernen. Pero esta forma de intimidad no se concibe como un valor intrasubjetivo, sino como autodeterminación del sujeto en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público (p.44).

Se evidenciaron dos aspectos de singular importancia en materia de tratamiento de la información de carácter personal; el primero que es el control de los datos personales y el segundo relacionado a la distinción de lo público y lo privado.

En relación al control, se estima que la protección de los datos personales debe ajustarse a ciertos principios que regulen el

intercambio de datos e información de carácter personal y que estén encaminados a proteger los derechos personalísimos que se derivan del tratamiento de la información. La importancia en este contexto implica, también, poder determinar hasta qué punto se posee la facultad de compartir y utilizar información.

La regulación de la tipología de datos personales es bastante diversa por lo que se precisa la necesidad de establecer los límites frente al tratamiento de la información a efecto de garantizar en la práctica su efectivo cumplimiento en relación a otros derechos fundamentales.

En todo caso, Murillo de la Cueva y Piñar (2011) precisan también que:

...el desconocimiento no es algo exclusivo de los ciudadanos. Se extiende a instituciones públicas y privadas que disponen de amplios volúmenes de información personal y, a veces, va acompañado por un escaso celo, cuando no despreocupación, en la aplicación de las normas legales y reglamentarias que la protegen.

Por tanto, se reafirma la preocupación acerca que en muchos ordenamientos jurídicos existe poca o escasa atención a la teoría jurídica de la interpretación constitucional por cuanto aparentemente la actividad interpretativa está más encaminada al orden público que al privado.

En síntesis, Troncoso (2010) aclara que “la protección de datos personales debe acompañarse atendiendo a la mayor o menor cercanía con otros derechos fundamentales (...) la protección de datos personales no es sólo un derecho autónomo, sino también una garantía de instituto de otros derechos fundamentales (p. 781). La panacea jurídica en un posible conflicto de derechos e intereses será analizar, evaluar, contrastar o ponderar los mismos de acuerdo a la doctrina constitucional que forma parte del ordenamiento jurídico de los estados.

Cabe señalar, en este contexto, que la intimidad como derecho fundamental, puede verse afectada desde distintos ámbitos de la dignidad humana; siendo necesario establecer los principios fundamentales sobre los cuales se debe propender a garantizar el tratamiento de la información y en donde se considera que la intimidad o el interés público se establece como uno de aquellos frente a la posible amenaza que a la dignidad representa.

Por lo tanto, deben existir ciertos criterios en el manejo de la información que viabilicen la regulación y susceptibilidad o no de tratamiento por terceros. Al referir criterios se está hablando de principios fundamentales que se deben considerar en el tratamiento de la información. Se afirman, de modo general, la confianza y la seguridad, incluida la intimidad, privacidad y confidencialidad, como elementos esenciales en el tratamiento de la información de carácter personal, mismos que desde el ámbito constitucional constituyen garantías jurídicas y que por consiguiente regulan la protección de los datos de carácter personal.

Como se había mencionado anteriormente, al ser considerado como un derecho fundamental la protección de la información de carácter personal se debe propender a efectivizar el control y limitación adecuada al libre tratamiento de la información a través de garantías que desde el nivel constitucional lo haga posible. Por consiguiente, constituye una obligación a que el Estado se encuentra, de modo inexcusable, obligado a brindar a las personas; en tanto que correlativamente las normas que efectivicen la intimidad deberá ser regulada entre los sujetos que formamos parte de la sociedad de la información, estableciéndose al efecto las sanciones que corresponden ante la vulneración de este derecho fundamental.

Según las particularidades léxico-jurídicas del país de que se trate, puede conceptuarse al *habeas data* como una acción, una garantía constitucional, un procedimiento

jurisdiccional de trámite especial y sumarísimo, un proceso constitucional o un recurso protectorio del derecho de autodeterminación informativa o derecho a la protección de los datos personales frente a posibles excesos del poder de registración precisamente de la información de carácter personal (Bazán, 2005, p. 85-139).

Desde esta concepción se desprende la existencia una garantía individual destinada a propender la protección jurídica de los datos personales. Esta garantía como se ha mencionado tiene relación con el “hábeas data” que tiene por objeto proteger el derecho fundamental a la “autodeterminación informativa” y del cual se desprenden los derechos “arco”.

De sus siglas, se entiende que configuran el conjunto de derechos que están destinados a proteger el tratamiento de la información personal; y, en suma, garantizan a las personas el ejercicio, control y poder de disposición de sus datos a través del derecho al acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Como señala el jurista ecuatoriano Trujillo (2010):

el derecho de reformar o rectificar puede consistir en actualizar o agregar datos nuevos que no constan en el archivo por falta de actualización; suprimir o borrar datos que no corresponden a la verdad, o porque son impertinentes al fin para el que se ha elaborado el archivo (...) rectificar datos que no son exactos, aclarar los datos ambiguos, ininteligibles o incoherentes, bloquear o asegurar los datos sensibles u otros para que no pueden acceder personas no autorizados (...) En la doctrina se atribuye a cada una de estas facultades del titular el nombre de hábeas data.

Es decir, al ser considerada como una garantía constitucional constituye un mecanismo de acceso, rectificación,

cancelación y oposición, a través de los denominados “derechos arco”. Sobre la base de estas consideraciones, a continuación, se analizará la heterogeneidad normativa sectorial que en Ecuador se ha desarrollado para la protección del derecho fundamental de datos personales.

En suma, se tratará de responder a las interrogantes inicialmente planteadas en virtud de considerar si el marco jurídico es adecuado para la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales. Incluso, repensar en adoptar una normativa más global como ya lo ha hecho la Comunidad Europea mediante el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo en el cual se destacan, entre otras, temáticas emergentes como la regulación de los datos sensibles y los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Por otra parte, el tema en cuestión conlleva a realizar una necesaria distinción entre lo público y lo privado de la información personal. Así, aparentemente la dimensión que envuelve la regulación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es que verdaderamente no se ha llegado a considerar como algo importante en su derivación como un derecho fundamental. De hecho, en el ámbito público un dato o determinada información puede tener un grado de interés de general, de donde se desprende que el titular sea de modo voluntario o por mandato de la ley puede o debe compartirlo con terceras personas.

Para comprender mejor esta parte, Troncoso (2010) refiere que “existe un conjunto de datos que se encontrarían en una zona de Core y que tienen una muy elevada capacidad para impedir las injerencias” (p. 781). En esta zona se encontrarían los datos de carácter de especialmente protegidos o privados y que pertenecen a la vida íntima del titular de la información y que afecta de algún modo el ejercicio de sus derechos de personalidad.

Por el contrario, un dato personal tiene el carácter de público por el interés colectivo que conlleva y se encuentra en una fuente accesible al público. Sin embargo, tal como advierte Troncoso (2010):

sigue vigente en este caso el derecho fundamental a la protección de datos personales como límite a los tratamientos de datos personales, aun de aquellos que aisladamente parece de poca importancia, pero que unidos a otros pueden establecer un perfil determinado de las personas (p. 781).

Se precisa entonces que en relación a la distinción entre lo público de lo privado en el tratamiento de la información personal se asume dos garantías constitucionales, a saber: el derecho de acceso a la información y el habeas data respectivamente. En este contexto, Murillo de la Cueva (2010) agrega que:

El verdadero problema es cualitativo y puede venir --aunque no necesariamente-- de la mano del pragmatismo. Es el que surge cuando, en el marco del contraste entre los intereses en juego, se intente saldar el ajuste entre los que asisten a las personas a quienes pertenece la información y los de quienes la quieren tratar en beneficio de estos últimos, llevando a las normas ese desequilibrio o imponiéndolo en su interpretación.

Es claro que el derecho fundamental a la protección de datos personales se efectiviza a través del habeas data, en donde se asume que el titular de la información personal debe conocer y estar informado sobre el tratamiento y finalidad de su información personal en el ámbito público o privado.

Sirva en esta parte como ejemplo lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a la garantía jurisdiccional del habeas data. A saber, el Art. 92 señala:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante

legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Por lo que se refiere a la libertad de información se regula a través de la garantía de acceso a la información pública y que precisa desarrollar la facultad de requerir a la Administración Pública determinada información que reviste de interés público.

Del mismo modo, se puede tomar como referencia lo dispuesto por la Constitución de Ecuador en cuanto a la garantía jurisdiccional de Acceso a la Información Pública. A saber, el Art. 91 señala:

La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera

otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

Más aun, ante el carácter público que puede representar los datos personales de los individuos se pueden identificar, además, algunas características esenciales propias del titular de la información que forman parte de su intimidad.

A saber: se menciona primero el carácter innato, es decir que le corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad o por el solo hecho de ser persona; segundo, es vitalicia ya que permanece arraigada a la naturaleza humana por toda su vida por ende nunca se la pierde; tercero, es inalienable por cuanto no está sujeta al despojo, privación o tratamiento por terceros de manera arbitraria; cuarto, es imprescriptible lo cual relacionado al carácter vitalicio determina que la intimidad no se la pueda perder por el transcurso del tiempo sin embargo de que el titular de la información haya distraído el manejo de sus datos, es decir los haya abandonado; quinto, es extra patrimonial ya que esta fuera del alcance embargable de los bienes del titular de la información y; sexto es absoluta en cuanto se ejerce erga omnes, es decir se ejerce su efecto con relación a toda la sociedad (Ekmekdjian y Pizzolo, 1996, p. 80).

Es innegable la preocupación de la carencia de políticas, tanto públicas como privadas, que tiendan al control, manejo de la información de carácter personal bajo las consideraciones de respeto a la intimidad personal a que se tiene.

En suma, se mantiene la importancia de determinar las características propias del derecho a la protección de datos personales frente al derecho de acceso a la información conforme a la intención que represente el manejo de la información. Para aquello, es necesario reflejar y determinar el carácter

público o cierto orden jurídico en el tratamiento de la información que puede de manera excepcional permitir la libre accesibilidad.

Finalmente, dentro de los resultados de esta investigación un aspecto esencial representa el carácter sensible de la información, es decir el de los datos especialmente protegidos

Inicialmente, los debates legislativos - así lo reflejan la mayoría de textos constitucionales analizados - al parecer estuvieron enmarcados en concentrar la protección de datos personales en los derechos de intimidad y privacidad de las personas. Por tanto, surge la necesidad de distinguir el concepto de intimidad y privacidad a fin de contextualizar el sentido de los datos sensibles en el marco del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

En esta discusión respecto a la relevancia jurídica de la intimidad y privacidad se ha llegado a establecer serias diferencias:

Sobre este particular, se ha afirmado que la intimidad es aquel ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de nadie y, por tanto, ajeno a toda exteriorización y relación, mientras que la vida privada es aquella que se desenvuelve a la vista de pocos, o de otra persona y, en una aceptación más amplia, el conjunto de actos que se realizan o piensan para conocimiento de las personas cercanas (Serna, 1994, p. 215).

Se entendería que la intimidad comprende aquel ámbito de la persona que se encuentra alejado de toda posibilidad de conocimiento de terceras personas, es decir está en lo más interno del ser y fuera del alcance de cualquier persona; mientras que la privacidad sería susceptible de ser revelada a determinadas personas.

Sobre esta base, tal como señala Herrán Ortiz (2002), el concepto de datos sensible se acerca al de intimidad considerando que:

...los datos sensibles no deben equipararse sin más a datos íntimos porque no siempre es así, y porque la intimidad de la información personal dependerá de cada individuo y de cada situación, ya que no es algo que objetivamente y con carácter general deba determinarse legislativamente” (p. 53).

Sin embargo, resulta importante determinar qué datos se pueden considerar como sensibles frente al tratamiento de la información personal a fin de contextualizar su protección tanto constitucional como sectorial. Estos, como expone Bazán (2005) “pueden ser conceptuados como los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones públicas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (p. 115).

Bajo la consideración de ocasionar un daño más grave a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, Bazán (2005) agrega sobre los datos sensibles que “es necesario advertir que existen datos en apariencia inocuos o irrelevantes que, de modo súbito, se convierten en extremadamente sensibles mediante un sencillo cambio del fin que se persiguiera al momento de su recolección” (p. 115).

Por tanto, al parecer, se requiere de una clasificación o tipología de datos personales. Así, la doctrina refiere que se pueden clasificar en relación con su mayor o menor relación con el concepto de dignidad y al ejercicio de los derechos fundamentales; existen ciertos datos que no podrían soportar la capacidad de injerencia y afectación a la dignidad, intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad. Éstos últimos tienen el carácter de sensibles o especialmente protegidos. (Troncoso, 2010, p. 781, 782).

Sin duda, en esta actividad de discernimiento, un papel importante conlleva

la estimación o el juicio de valor que se haga desde el ámbito judicial o constitucional – resolviendo mediante la acción de habeas data o según la concepción que se tenga en cada Estado - a efecto de resolver según los casos concretos.

Se puede señalar entonces que, por mandato constitucional, en el caso de Ecuador, se estima que los datos sensibles tienen el carácter de íntimo y se los provee de medidas de seguridad necesarias, encaminadas a garantizar la reserva de la información personal por lo que el incumplimiento en este caso conducirá a que el titular de la información pueda invocar la violación del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

DISCUSIÓN

Esta figura jurídica, de singular aplicación, en los estados constitucionales de derechos consiste en el mecanismo de garantía de que dispone el Estado para efectivizar el cumplimiento de los distintos derechos fundamentales que se consagran en el ámbito constitucional. Es decir, constituyen las acciones de carácter constitucional que tienen previsto asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías individuales establecidas en la Constitución como norma suprema del Estado.

Por tanto, como señala Gil Rendón (2004), debe entenderse que por garantías constitucionales se conciben “aquellos procedimientos que se utilizan para restaurar el orden constitucional desconocido o violado” (p. 23). Es ya de apreciación generalizada que el problema de los derechos fundamentales no está en determinar su fundamento ni el reconocimiento interno de que los Estados deben formalizar en sus ordenamientos jurídicos.

El principal problema a que se enfrentan los derechos humanos –que se efectivizan desde el ámbito constitucional mediante las denominadas garantías constitucionales- es su

ejercicio en la práctica social, que es en donde se determina su eficacia. Al respecto, Gil Rendón (2004) agrega que procedimentalmente las garantías constitucionales deben “restituir el estado de cosas anteriores a la violación, y además implica que se desarrollen plenamente los mandatos constitucionales, para ajustar la Constitución a la realidad y para influir y cambiar la realidad” (p. 23).

Por tanto, según expone Castillo Córdova (2003) en general las garantías constituyen:

todo mecanismo jurídico dirigido a hacer efectivo el cumplimiento efectivo de toda la Constitución, como un todo unitario en general (garantías constitucionales), o el cumplimiento efectivo sólo de una parte de la misma, precisamente la que recoge los derechos de las personas (garantías de derechos constitucionales) (p. 243).

En suma, siempre en todo estado constitucional de derechos será necesario establecer un sistema de protección y aseguramiento de los derechos fundamentales con el objeto de garantizar la eficacia de los mismos mediante el restablecimiento del orden constitucional alterado.

Entre las denominadas garantías jurisdiccionales –acorde a nuestro objeto de estudio- se encuentra se encuentra la figura del hábeas data que está encaminada a asegurar lo que se ha denominado como derecho a la protección de la información de carácter personal.

Ahora bien, en relación al hábeas data frente a las nuevas tecnologías, hemos referido que la efectividad de las garantías constitucionales se verifica en la práctica a través del establecimiento de procedimientos o mecanismos jurídicos que tiendan a hacer efectivos los derechos que se consagran en la Constitución como norma suprema dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Así, por ejemplo, se mencionan algunas acciones constitucionales, tales como: hábeas

corpus, hábeas, data y acción de protección o de amparo, tendientes a garantizar la vigencia de los derechos humanos en un Estado constitucional de derechos.

En el presente estudio la garantía constitucional o jurisdiccional que resulta de nuestro interés es la acción de habeas data, por cuanto está orientada a satisfacer la protección de nuestro objeto de estudio. Esta garantía según menciona Gozaíni (2001):

...protege el derecho a la intimidad; pero al mismo tiempo se afirma que la defensa es de la privacidad, o de la dignidad humana, o el derecho a la información, o bien la tutela del honor, o de la propia imagen o perfil personal, o derecho a la identidad, o simplemente acotado a la autodeterminación informativa” (p. 13).

Es importante mencionar que, de manera preliminar el hábeas data se trata de una acción, garantía que se hace efectivo a través de un procedimiento jurisdiccional de carácter constitucional encaminado a proteger los datos o información de carácter personal frente al tratamiento de que puede ser objeto la información por terceros. Por tanto, Puccinelli (1999) agrega que:

El habeas data o protección de datos personales, establece garantías mínimas de calidad y confiabilidad de los datos nominativos o personales que se recojan; el derecho de las personas a exigir que sus datos personales le sean exhibidos; el derecho a que sean rectificadas y el derecho a excluir los datos privados mantenidos sin autorización (p.351).

De esta manera, se configura como acción procesal que dentro del ámbito constitucional protege los derechos de quienes son titulares de la información y que se traduce en la práctica jurídica como el mecanismo idóneo para precautelar la intimidad de las personas respecto al acceso de terceras personas a la información personal; a que en caso de que la información sea errónea se rectifique y que en

caso de persistir el uso abusivo se cancele el derecho a seguir regulando el tratamiento de la información mediante la oposición que efectúe el titular de los datos.

En consecuencia, podemos aseverar que esta acción constitucional se ha convertido actualmente en el mecanismo más idóneo para combatir los atentados contra la libertad especialmente en el manejo de la información dentro de la sociedad informatizada. Por tanto, el derecho procesal enfrenta una función tutelar que se vuelve compleja en cuanto a garantizar el adecuado tratamiento de los datos personales convertido en un nuevo poder en la sociedad, de difícil control, producto del desarrollo tecnológico experimentado en los últimos tiempos.

Es preciso señalar también que la existencia de bancos de datos, frecuentemente ha llegado a considerarse como atentatorio a la intimidad personal en los casos –sea en el ámbito público o privado- en que los encargados del tratamiento de la información no prevén los mecanismos necesarios de protección.

Como expone Castillo Córdova (2003), a esto se suma:

...la tarea de control de la existencia y funcionamiento de los bancos de datos, no solo debe quedar en manos del poder político, el cual a través de sus normas puede establecer la regulación más eficaz a cumplir por los titulares del poder informático; sino que debe recaer también en los particulares (371).

Al haber fijado la problemática de la garantía de los datos personales en cuanto al manejo de la información de los titulares de datos sensibles, la garantía constitucional más idónea para efectivizar su cumplimiento es la acción de hábeas data por cuanto está encaminada a proteger todos los derechos que se desprenden del manejo de los datos o información, es decir se convierte en el procedimiento constitucional efectivo para

garantizar la actuación inmediata del órgano judicial correspondiente en los casos de violación del derecho a la intimidad que resultan como consecuencia del manejo de bancos de datos tanto públicos como privados.

CONCLUSIÓN

En el caso de Ecuador, así como la mayoría de países de Latinoamérica, puede decirse que el habeas data ha tenido más desarrollo que el derecho fundamental a la protección de datos personales propiamente dicho. En este reconocimiento debe destacarse que uno de los méritos más altos está el haberse atribuido autonomía al derecho fundamental que se desprende del tratamiento de la información personal. Le sigue en importancia, la ampliación y desarrollo de la garantía constitucional del habeas data al habersele incorporado más facultades procesales y garantistas sobre este derecho fundamental.

Ahora bien, el hábeas data como un mecanismo de garantía procesal frente a las nuevas tecnologías representa uno de los principales avances en materia constitucional. No se trata que en el derecho procesal constitucional a través del habeas data simplemente se facilite el acceso a la información personal sino más bien de controlar el uso ilícito que terceras personas – responsables de tratamiento- hagan de los datos personales. Consecuente, el escenario es mucho más amplio, se pretende que el habeas data sea considerado como un mecanismo de protección del instituto de garantía que constituye el derecho fundamental a la protección de datos personales.

REFERENCIAS

Bazán, V. (2005). *El habeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de Derecho Comparado*, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales: Universidad de Talca

- Castillo Córdova, L. (2003). *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Lima-Perú, ARA Editores
- Davara, M. (2005). *Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) Trabajos doctrinales especializados, boletines de actualidad, reseñas de interés jurídico, glosario de términos, preguntas más frecuentes y otras informaciones de interés*. Madrid, España: Fundación Airtel
- Ekmekdjian, M. Á. y Pizzolo, C. (1996). *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma
- Gozáini, O. (2010). *Derecho procesal constitucional: Hábeas Data-Protección de datos personales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores
- Gil Rendón, R. (2004). *Derecho procesal constitucional*. México, Fundap.
- Herrán Ortiz, A. (2002). *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Madrid, Dykinson.
- Murillo de la Cueva P. y Piñar J. L. (2011). *El derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid-México: Fontamara S.A.
- Murillo de la Cueva, Pablo. (2010), *La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010*, Navarra, Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá.
- Pérez Luño, A. (1994). *Manual de Informática y Derecho*, Madrid, Editorial Ariel S.A.
- Puccinelli, O. (1999). *El Habeas Data en Indoiberoamérica*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A.
- Serna, P. (1994). *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, Pamplona.
- Troncoso A. (2010). *La Protección de Datos Personales: En busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trujillo, J. C. (2010), *Las Garantías Jurisdiccionales*, Base de datos: Vlex.com.ec:
https://app.vlex.com/#WW/vid/515951146/graphical_version.