

# Revista

## Ombudsman y Derechos

Estudios y Notas

Núm.1 - 2017



Universidad de Alcalá  
Programa Regional de Apoyo a las  
Defensorías del Pueblo de Iberoamérica

ISSN 2531-0712

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>ESTUDIOS .....</b>	<b>6</b>
I. BOLIVIA: INSTRUMENTALIZACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL BOLIVIANO COMO PARTE DE LA MODIFICACIÓN DEL BLOQUE DE PODER 6	
<b>NOTAS .....</b>	<b>24</b>
II. ARGENTINA: EL CASO "GUTIÉRREZ" Y LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE SALUD MENTAL Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL ANTE LA OMISIÓN LESIVA DEL ESTADO .....	24
III. ARGENTINA: EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD (1984-2015).....	30
IV. ARGENTINA: NUEVOS DESAFÍOS HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE .	43
V. COLOMBIA: LA ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO.	
SENTENCIA C-071 DE FEBRERO 18 DE 2015.....	49
VI. COLOMBIA: EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE.....	53
VII. ESPAÑA: ACCESO A LA RENTA GARANTIZADA DE CIUDADANÍA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 232/2014, DE 17 DE OCTUBRE DE 2014, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON EN BURGOS, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 1ª.....	59
VIII. MÉXICO: DERECHO HUMANO DE DEFENSA Y DECLARACIÓN DEL ACUSADO .....	67
IX. PERÚ: EL DEBATE DE LA LEY <i>STALKER</i> . UNA CONTRIBUCIÓN A LA NECESIDAD DE ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL Y MATERIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 1182/2015.....	75
X. PERÚ: LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS .....	88
XI. PERÚ: EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LAS POLÍTICAS SOCIALES.....	95



# PRESENTACIÓN

Con la intención de contribuir desde la Universidad a la consolidación del Ombudsman (y a través suyo de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho), el Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI), de la Universidad de Alcalá, comenzó su andadura en el año 2000, gracias a un generoso contrato, obtenido mediante concurrencia competitiva, con la Comisión Europea, después continuado, entre otros muchos financiadores y socios públicos, con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), el Defensor del Pueblo de España, La Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ), las Defensorías de Puerto Rico y Montevideo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México o la Agencia Española de Protección de Datos. Durante este período el Ombudsman en Iberoamérica se ha consolidado en términos de implantación social y financiera (comparativamente la media relativa del presupuesto anual, en relación con el volumen de la población de cada país, es más alta en Latinoamérica que en España), lo que nos planteó algunas dudas sobre la necesidad de mantener nuestro Proyecto, que inicialmente fue concebido como de cooperación al desarrollo. Sin embargo, los ataques a la democracia y las vulneraciones de los derechos humanos no solo continúan sino que se acrecientan, y los retos que desde ambas perspectivas se plantean tienen un creciente carácter global: frente a la globalización económica, con sus luces y sombras, pero sobre todo planteando nuevas amenazas para la efectividad de los derechos, se hace preciso oponer una globalización jurídica, que comienza con el intercambio de experiencias, la colaboración mutua y las actuaciones conjuntas de las instituciones de defensa de los derechos humanos.

En este contexto, las Defensorías del Pueblo, que se revelan cada vez más como un arma cargado de futuro, se encuentran con nuevos retos, desafíos y problemas (por ejemplo, resulta preocupante la creciente pérdida de independencia de la Institución en varios países, bien denunciada por nuestro “hermano” Instituto Latinoamericano del Ombudsman), que deben afrontar, entre otros instrumentos, con una alta competencia técnica, contando para ello con el apoyo de la Universidad,

como institución sin afán de lucro (no sometida por tanto a la lógica mercantil) altamente especializada en la investigación y la enseñanza, y con compromiso social con los problemas de nuestro tiempo. Conviene recordar una vez más que las Defensorías tienen éxito si persuaden, y que para persuadir hay que pertrecharse de buenos argumentos, que deben tener sólida base científica.

De otro lado, a fecha de hoy, la Federación Iberoamericana de Ombudsman, nuestro interlocutor principal en estos diecisiete años, continúa precisando de nuestra asistencia, según solicitudes reiteradas por todos sus Presidentes; nos hemos convertido en el único centro de investigación especializado en el estudio de las Defensorías a nivel mundial, materia esta que consideramos debe seguir analizándose y difundiéndose, entre otras cosas porque añade a lo puramente académico el punto de vista de la ciudadanía; muchas Instituciones nos solicitan asesoramiento y, lo que es más importante, el personal de las mismas, inclusive nuestros cerca de 2.500 egresados, siguen precisando nuestra formación, que evidentemente ha de ser permanente y adaptable, dados los continuos cambios y novedades no solo legislativos y jurisprudenciales sino también de la realidad sociopolítica, así como el creciente diálogo transnacional e internacional, pues nuestras Constituciones y problemas son muy similares. Estos y otros motivos nos animan a continuar en nuestra tarea.

Entre 2007 y 2013 el PRADPI publicó un “Boletín Informativo”, de tipo más bien divulgativo, donde se daban a conocer nuestras actividades y proyectos y difundíamos las tendencias más significativas del devenir diario de las Defensorías. Entre 2005 y 2012 mantuvimos unos “Cuadernos electrónicos de Democracia y Derechos Humanos”, de naturaleza más académica. Dado el potente relanzamiento de nuestra web en 2015 y la ampliación de la oferta de publicaciones científicas de alto nivel en lengua castellana, ahora en su mayoría de libre acceso, consideramos innecesario el mantenimiento de ambas publicaciones. No obstante, mantenemos el resto de las publicaciones, y de hecho las relanzamos ahora, con la apertura, en la prestigiosa Editorial Tirant lo Blanch, de una nueva colección, sobre “Ombudsman y derechos”, donde este año verán la luz los tres primeros números, y la consolidación de la serie “Documentos de Trabajo”, que alcanza ya los 25 números.

La nueva publicación, de periodicidad anual, que ahora presentamos, se encuentra a caballo entre nuestros antiguos “Boletín” y “Cuadernos”, y pretende cubrir un espacio insuficientemente atendido en el panorama bibliográfico del Ombudsman: mediante notas breves de análisis, relatar la actualidad más relevante en Iberoamérica en materia de derechos humanos desde el punto de vista de las Defensorías. Los

trabajos que integran este primer número han sido escritos, todos ellos, por antiguos alumnos del PRADPI, que mantienen de esta forma su compromiso con la difusión de los derechos humanos y contribuyen a la configuración de una comunidad de ex alumnos y colaboradores del PRADPI, convirtiéndose de estudiantes en investigadores, como muestra de sus avances académicos y ejemplo patente de que su formación fue útil y de que el diálogo en este campo es inagotable, horizontal y siempre fructífero. Es nuestra intención consolidar en el corto plazo esta comunidad de debate e incorporar progresivamente en próximos números, ya de forma más sistemática, el análisis de los avances doctrinales más significativos de las distintas Defensorías. Quede patente nuestro sincero y profundo agradecimiento a estos primeros colaboradores, así como a nuestros futuros lectores y analistas, por sus útiles aportaciones y reflexiones, pues todos nos enriquecemos mutuamente en el conocimiento compartido, base de cualquier progreso en la defensa y promoción de los derechos humanos en nuestros países y en el mundo entero.

Alcalá de Henares, julio de 2017

Guillermo Escobar, *Director del PRADPI*  
Alejandra Celi, *Investigadora Principal del PRADPI*

# ESTUDIOS

## I. BOLIVIA: INSTRUMENTALIZACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL BOLIVIANO COMO PARTE DE LA MODIFICACIÓN DEL BLOQUE DE PODER

Fernando Simón Zambrana

### Introducción

Luego de dos décadas del sistema político-gubernamental de la “democracia pactada” que consolida el modelo neoliberal en Bolivia, la población demandó la constitución de un nuevo pacto social, a tal efecto en las elecciones de 2005, se confiere el voto a un partido político que era encabezado por el líder indígena Evo Morales Ayma, el cual plantea la nueva visión de Estado Plurinacional que sería implementada a través de un “proceso de cambio”, que se sostenga sobre una serie de pilares entre ellos, la “modificación del bloque de poder”, lo que significaba desarticular a los sectores que hasta ese entonces ostentaban el poder económico, pero además tomar el control de todos los órganos del Estado.

A partir de lo indicado y teniendo el control del Órgano Ejecutivo, a fin de lograr la modificación del bloque de poder, el gobierno utilizó una serie de medidas que en algunos casos eran formal y materialmente permitidas en el ámbito democrático, como la reforma constitucional que viabilizó la recomposición del Órgano Legislativo y la mayor participación indígena así como la revocatoria de mandato de autoridades anteriormente elegidas por voto; pero además de ello se procedió a cuestionables procesos de elección por voto de autoridades del Órgano judicial, para luego consolidar la sustanciación de procesos contra opositores y críticos al gobierno, además de la conformación de un Tribunal Supremo Electoral y Tribunales Departamentales Electorales que sea instrumental a sus fines.

Esta conformación del Órgano Electoral Plurinacional, sería idónea para contrarrestar una nueva amenaza política que surge a la cabeza de

agrupaciones ciudadanas y partidos políticos, conformadas por disidentes del propio partido político, quienes fueron apartados o relegados del gobierno por haber criticado u haberse opuesto a cualquier medida determinada por el Presidente Evo Morales, más cuando éstos representarían la nueva oposición en las elecciones sobrevinientes.

Así, las acciones asumidas por el Órgano Electoral resultarían contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual será desarrollado en los siguientes puntos a partir de los emblemáticos casos de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado, quienes actualmente tramitan sus denuncias ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

### 1. Situación política

El ingreso boliviano al nuevo siglo, estuvo marcado por una serie de emblemáticas luchas sociales en contra de políticas neoliberales de capitalización y privatización de empresas nacionales, recursos naturales y servicios básicos, algunas de las más importantes fueron la “guerra del agua”, en la que se logró la expulsión del consorcio denominado “Aguas del Tunari”, que estaba conformado por las empresas norteamericanas Bechtel y Edison, la española Abengoa S.A. y otros capitales privados de Bolivia; los cuales se adjudicaron la administración del suministro de agua en Cochabamba.

Por otra parte, también citar la “guerra del gas”, en la que se demandaba revocar la decisión del gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada de exportar gas natural por Chile a precios que eran menores a un dólar el millar de BTU (Unidad Térmica Británica); luego establecer una política de abastecimiento interno y finalmente, llevar a cabo una Asamblea Constituyente para establecer un nuevo pacto social. Fue la falta de atención a las peticiones ciudadanas, lo que ocasionó un conflicto social generalizado en ciudades y provincias, mismo que trató de ser sofocado mediante el uso de las Fuerzas Armadas, las cuales utilizaron armamento de guerra, aviones y tanques para masacrar a civiles desarmados, dejando como saldo más de 60 muertos y 400 heridos.

Todo ello, desencadenó la dimisión del Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada y gran parte de su gabinete; las sucesiones constitucionales de su Vicepresidente Carlos Mesa Gisbert y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Eduardo Rodríguez, quien realizaría la convocatoria anticipada a elecciones el 18 de diciembre de 2005, comicios electorales, en los que la ciudadanía mostró el rechazo a los denominados partidos políticos tradicionales que mediante la lógica de la democracia pactada, se

convirtieron en un poder hegemónico que únicamente rotaba el poder en manos de los mismos.

Así, en dichos comicios la ciudadanía concedió el voto a un partido político regional denominado “Movimiento al Socialismo Instrumento Político para la Soberanía de los Pueblos” (MAS- IPSP), el cual que estaba conformado principalmente por organizaciones sociales, indígenas y campesinas, bajo el liderazgo indígena de Juan Evo Morales Ayma, quien en esa primera oportunidad accedió al poder alcanzando el 53.72%, de los votos, lo que le equivalía a tener 72 Diputados de los 130 curules de la Cámara baja y 12 de 27 Senadores en la Cámara alta.

Al asumir el gobierno, el MAS-IPSP, estratégicamente determinó atender las demandas planteadas en la “guerra del gas”, adoptando medidas como la nacionalización de los hidrocarburos, renegociación de contratos con empresas transnacionales, además de convocar a una Asamblea Constituyente, que redactara la nueva Constitución Política del Estado. No obstante, ese momento histórico, también fue aprovechado para plantear la concepción de un nuevo pacto social denominado “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, mismo que pensado para su implementación en las próximas décadas estableció como pilar fundamental la “modificación del bloque de poder”, lo que según el Vicepresidente del Estado, Álvaro García, significaba lo siguiente:

“No es solamente un cambio de gobierno (...) estoy hablando de un cambio en el bloque de poder estatal, es decir, en las clases y naciones con capacidad de decisión y de influencia en la toma de decisiones estatales, esa es una revolución, es un cambio de estructura”.

Es decir, que el gobierno del MAS-IPSP, para implementar un nuevo modelo estatal, debía desarticular a los sectores que ostentaban el poder económico, pero además tomar el control de todos los órganos del Estado, tal como lo reconoció el mismo Presidente Evo Morales, al señalar que:

“No estamos en el poder, sólo tenemos el gobierno, el Poder Ejecutivo. Lo que se puede hacer por decreto lo estamos haciendo”, (...).”

“Ojalá desde diciembre de este año podamos tener realmente el poder (...) que el poder lo tenga el pueblo significa que tengamos el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial”.

De esta forma, la consecución de los objetivos del MAS-IPSP, se traducirían en acciones basadas en la capitalización del voto (aprovechando la elevada aceptación del electorado y el núcleo duro de votantes afines al gobierno), como por ejemplo la promulgación de una ley de convocatoria a un referendo revocatorio de mandatos, tanto para el Presidente y Vicepresidente así como para los Prefectos (gobernadores

departamentales), en la que los resultados reflejaron nuevamente un apoyo a Morales de "(...) 77% en La Paz, el Departamento más poblado de Bolivia, Potosí brindó una ratificación de más del 80.8% de apoyo. En Oruro, Cochabamba y Pando, Morales logró reunir el 78.6, 65.7 y el 51.8% de los votos respectivamente. Casi el 60% de los habitantes de Santa Cruz rechazaron al Presidente boliviano. En Chuquisaca, Morales obtuvo un apoyo aproximado del 49.6%. En Tarija y Beni el rechazo a Morales se situó en 59.1 y 53.5% respectivamente" y extrañamente, se presentaron resultados como del Prefecto oficialista de Oruro, quien tenía una desaprobación de casi el 83% de su electorado, no obstante los resultados mostraron un rechazo muy inferior. A partir de los resultados señalados, el MAS-IPSP, logró la revocatoria de mandato de dos Prefectos (gobernadores departamentales) opositores al gobierno central y pertenecientes a los Departamentos más importantes de Bolivia como son La Paz y Cochabamba.

Además de lo indicado y a fin de lograr el objetivo de desarticulación de opositores, posteriormente el MAS-IPSP, determinó hacer uso del Órgano judicial, mediante la persecución del "enemigo interno", así podemos mencionar algunos ejemplos como el caso del gobernador de Tarija, Mario Cossío Cortez, a quien se le iniciaron 22 procesos penales por delitos de corrupción, provocando que dicha ex autoridad huyera del país pidiendo refugio en la República del Paraguay; el ex Prefecto de Pando, Leopoldo Fernández, a quien se le inició un proceso judicial por genocidio, para ser detenido en la sede de gobierno desde el 16 de septiembre de 2008; el ex Director del Servicio Nacional de Caminos, José María Backovic, quien criticó la gestión de su sucesora (Designada por el Presidente) y a quien se le incoaron 76 procesos penales simultáneamente en varios Departamentos del país, llegando a fallecer en una de sus audiencias y luego de haber obtenido resolución a favor en el 80% de los sumarios en su contra.

En esa misma lógica, se instauró un proceso penal contra el ex prefecto de Cochabamba, Manfred Reyes Villa, quien se acogió al asilo político en Estados Unidos de Norteamérica, misma suerte que seguiría el político opositor Róger Pinto, refugiado en Brasil, además de Luis Tapia Pachi juez refugiado en Brasil y Milton Mendoza, fiscal refugiado en Perú, éstos dos últimos encargados de investigar una presunta conspiración para acabar con la vida del presidente Morales en la cual las ex autoridades denunciaron injerencia directa del gobierno en perjuicio de los acusados.

Ahora bien, la consolidación del poder, también significaba el control efectivo de los Órganos del Estado restantes e instituciones estratégicas, razón por la que se puso en práctica algunas previsiones

incorporadas en la nueva Constitución Política del Estado, como por ejemplo la elección por voto popular de autoridades judiciales, mediante un proceso que en una primera vez fue llevado a cabo en dos etapas, la primera a cargo la Asamblea legislativa, en la cual sin existir criterios claros de evaluación de méritos y de entrevistas, se preseleccionaron por votación (mayoría oficialista) a 118 candidatos para los cargos de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Consejo de la Magistratura. Pasando luego a una segunda etapa, de tipo electoral en la cual la ciudadanía reflejó su malestar por esa cuestionable preselección de candidatos oficialistas o afines al gobierno, y en virtud a la cual los votos nulos llegaron al 40.78% y votos blancos 19.56%. No obstante, el gobierno decidió ignorar dichos resultados y elegir sobre la base de los votos válidos a los candidatos o “invitados” del partido de gobierno, los cuales ocasionarían lo que hoy se denomina “Crisis del Órgano Judicial”.

## 2. Conformación del Órgano Electoral Plurinacional

La “modificación del bloque de poder” proclamada unos años atrás por el partido de gobierno y que tenía por objeto el control efectivo de los Órganos del Estado, también fue aplicada sobre el Órgano Electoral, (antes Corte Nacional Electoral), representado por el Tribunal Supremo Electoral<sup>1</sup> y compuesto por siete miembros, seis de ellos elegidos por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa y uno designado por el Presidente.

Acorde a lo señalado, el 7 de julio de 2010, la Asamblea Legislativa Plurinacional aprobó el Reglamento para la Designación de Vocales del Tribunal Supremo Electoral (TSE) y estableció 19 requisitos para los postulantes a ocupar seis de las siete vocalías, destacando que en dicha convocatoria no figuraba ningún criterio de selección que materialmente garantice la independencia política partidaria de sus miembros, a más de la acreditación solicitada sólo para autoridades ejecutivas o dirigentes, de renuncia a antes que puedas influir en el ejercicio de sus funciones electorales.

El 13 de agosto de 2010, pese a las protestas realizadas por las bancadas opositoras, las cuales abandonaron el hemiciclo parlamentario antes de la votación, en rechazo a la proposición de elegir solo una mitad de vocales electorales, [el Congreso posesionó a Wilma Velasco, Valentín Irineo Zuna y Ramiro Paredes](#), quienes sumados al candidato presidencial Wilfredo Ovando, lograrían conformar quórum para instalar el nuevo Tribunal Supremo Electoral.

---

<sup>1</sup> Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 206.

Resulta relevante destacar que Wilfredo Ovando, el vocal presidencial<sup>2</sup>, antes de su nombramiento como miembro del Tribunal Supremo Electoral, fue ministro de la Corte Suprema de Justicia, [también por nombramiento directo del Presidente del Estado Plurinacional](#), Evo Morales, y ello a pesar de que en el ámbito judicial este tipo de nombramientos directos por parte del presidente no están permitidos por la Constitución. Ovando también fue parte del colectivo "Simón Bolívar", grupo de abogados que apoya y trabaja con el MAS-IPSP en el Departamento de Cochabamba y antes de haber sido nombrado en el Tribunal Supremo Electoral, Wilfredo Ovando habría participado en campañas electorales públicas en apoyo del MAS.

Por otra parte el vocal del Tribunal Supremo Electoral Irineo Zuna, fue [identificado como dirigente de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia](#) (CSUTCB), una de las cinco organizaciones sociales aliadas al MAS-IPSP en el marco del "Pacto de Unidad", que es la unión de organizaciones indígenas y campesinas que representa la base electoral orgánica del MAS en el país, siendo que para habilitarse y ser elegido como vocal del tribunal electoral en 2010, un año antes, Zuna habría pedido al Órgano Electoral que anulara su registro de militante del MAS-IPSP, es decir, de afiliado o miembro de dicho partido.

En ese mismo orden, el vocal Ramiro Paredes, designado como cuota de poder de las cooperativas mineras, asociadas al MAS-IPSP. Aspecto, que sería públicamente reconocido por el mismo Presidente Morales, cuando señaló ante la prensa nacional:

"El peor problema –refiriéndose al Tribunal Supremo electoral- ha sido el cuoteo de los movimientos sociales. Te doy como primicia: CSUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) eligió a (Irineo) Zuna y las cooperativas mineras, a (Ramiro) Paredes".

Declaración que surgió como consecuencia de una bullada denuncia difundida en las redes sociales, relacionada la celebración de cumpleaños de Ramiro Paredes en un salón de fiestas, todo ello bajo la organización y financiamiento de militantes del MAS-IPSP denominados "Los Inti Cocos". Aspecto, que no sólo fue reconocido por el aludido Vocal; sino que dicha autoridad consideró que realizar fiestas con gente de un partido de gobierno, [no afectaba su imparcialidad](#).

Más allá de los vocales precitados, bajo la misma hermenéutica de designación por mayoría oficialista, se eligió a la Vocal Dina Chuquimia,

---

<sup>2</sup> El Comité de Derechos Humanos considera que el nombramiento de magistrados directamente por un Presidente de Estado mina la independencia judicial. En tal sentido se ha pronunciado en sus Observaciones Finales respecto a Zambia y Eslovaquia, *CCPR/C/79/Add.62* y *CCPR/C/79/Add.79*, respectivamente.

quien luego demostró abiertamente su tendencia política, al difundir en las redes sociales y días antes de las elecciones de 29 de marzo de 2015, propaganda electoral en favor de uno de los candidatos del MAS-IPSP; además de la designación para cuestiones de mera formalidad de la Vocal Fanny Rivas y Marco Ayala, con quienes completaban el número de siete.

### 3. Instrumentalización del Órgano Electoral contra opositores disidentes: casos Rebeca Delgado y Eduardo Maldonado

Como se había mencionado anteriormente, los principales opositores a nivel nacional ya no eran aquellos emblemáticos representantes de la derecha neoliberal o de la burguesía conservadora; sino de una nueva oposición conformada por disidentes del propio partido político MAS-IPSP, quienes fueron apartados o relegados del gobierno por haber criticado u haberse opuesto a cualquier medida determinada por el Presidente Evo Morales. Entre ellos, estaba Rebeca Delgado, quien mientras desempeñaba el cargo de Presidenta de la Cámara de Diputados, tuvo una divergencia de opinión con el Ministro de Gobierno Carlos Romero a quien cuestionó la intromisión del Órgano Ejecutivo en un Proyecto de Ley de Extinción de Bienes; además de la existencia de vicios de inconstitucionalidad de dicha propuesta. Aspecto, que al constituir una crítica al gobierno y que venía desde el interior del mismo MAS-IPSP, fue considerado inaceptable. Esta situación de tensión que se agudizaría más con una crítica posterior realizada al fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional, respecto a una interpretación que declaró constitucional [una segunda reelección del Presidente Evo Morales Ayma](#) y por lo que Delgado sería cuestionada en sentido de que en el MAS-IPSP, [no estaba permitida la libre expresión de opiniones](#), ya que como señaló el Vicepresidente del Estado y presidente de la Asamblea Legislativa, Álvaro García:

“Todos tenemos que defender un punto de vista en nuestra posición pública porque no somos un grupo de amigos, somos un instrumento político...quienes quieren otro tipo de práctica al interior, ser librepensantes (e) indisciplinados tienen todo el derecho; lo hacen en otro lado no en el instrumento político”, sancionando que “Quien no está de acuerdo en esa forma de trabajo, puede retirarse”.

A partir de ese momento, Rebeca Delgado, fue denominada peyorativamente “librepensante”, posteriormente proscrita de las reuniones del MAS-IPSP relegada de las instancias de poder.

Otro disidente que podría perfilarse como un rival político importante en el ámbito local, era Eduardo Maldonado, quien invitado por

el Presidente Evo Morales para candidatear a la primera Senaturía por Departamento de Potosí, durante la gestión 2010-2015, desempeñó sus funciones como Senador y Presidente de la Comisión de Constitución, Derechos Humanos y Régimen Electoral, tiempo en el cual motivado por la movilización de su Departamento para la atención de puntos para el desarrollo local y el conflicto social suscitado en torno al mismo, se sumó a una huelga general cívica, decisión que motivó una determinación análoga del gobierno a la asumida con Rebeca Delgado.

En ese orden, una vez concluido el período gubernativo 2010 – 2015, Eduardo Maldonado (Senador) como Rebeca Delgado (Diputada), ambos conformaron organizaciones políticas mediante agrupaciones ciudadanas que por sí o en alianza con otras organizaciones políticas promovieran su candidatura a los Gobiernos Autónomos Municipales de Cercado en el caso de Rebeca Delgado y de Potosí en el caso de Eduardo Maldonado. No obstante, contra dichas determinaciones políticas de sus nuevos contendientes, el gobierno decide utilizar al Tribunal Supremo Electoral para introducir a la normativa electoral vigente una modificación que inhabilite únicamente las candidaturas de cuatro disidentes del gobierno y entre ellos Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado. Ello a través de la Circular TSE-PRES-SC-071/2014 de 18 de diciembre de 2014, la cual establece que:

En este marco, los Asambleístas Nacionales (Senadores y Diputados) del periodo legislativo 2010-2015 no podrán ser candidatos o candidatas a Subgobernadora o Subgobernador, Corregidora o Corregidor, Ejecutiva o Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcaldesa o Alcalde, Asambleísta Regional y Concejala o Concejál Municipal.

Normativa, que una aplicada en contra de Rebeca Delgado y Eduardo Maldonado, fue sustentada por el Tribunal Supremo Electoral, en virtud a dos fundamentos, primero que la referida Circular TSE-PRES-SC-071/2014, solamente reproduce lo normado en el artículo 285.I.1) de la Constitución Política del Estado por lo que no viola derechos políticos y segundo, que dicha circular es una norma electoral igual para todos los sujetos electorales, ya que no hace distinción o diferencia y de donde no resultaría violatoria del derecho a la igualdad.

#### **4. Derecho a la Igualdad ante la ley y derechos políticos**

Para establecer si efectivamente la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, sólo constituye un recordatorio de un mandato constitucional anterior que no vulnera derechos políticos y que además no vulnera el derecho a la

igualdad, sometimos dichos argumentos a un análisis en base a cuatro elementos, como son los siguientes:

PRIMERO: El artículo 285 de la Constitución Política, en su parte pertinente, dispone:

Artículo 285.I. Para ser candidata o candidato a un cargo electivo de los órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos se requerirá cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, y: 1. Haber residido de forma permanente al menos los dos años inmediatamente anteriores a la elección en el departamento, región o municipio correspondiente [...]

Por su parte, el artículo 287 de la Constitución Política, también en lo pertinente, prescribe:

Artículo 287.I. Las candidatas y los candidatos a los concejos y a las asambleas de los gobiernos autónomos deberán cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, y: 1. Haber residido de forma permanente al menos los dos años inmediatamente anteriores a la elección en la jurisdicción correspondiente [...]

Ahora bien, la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, que según el Tribunal Supremo Electoral sólo "operativiza" o "aplica" lo normado por la Constitución Política, señala literalmente:

En este marco, los Asambleístas Nacionales (Senadores y Diputados) del periodo legislativo 2010 -2015 no podrán ser candidatos o candidatas a Subgobernadora o Subgobernador, Corregidora o Corregidor, Ejecutiva o Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcaldesa o Alcalde, Asambleísta Regional y Concejala o Concejal Municipal.

De donde resultaría que la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, iría más allá de lo normado por la Constitución (arts. 285 y 287), pues la Constitución Política boliviana no establece en ninguna parte una prohibición expresa para que los Asambleístas Nacionales puedan postularse en futuros procesos electorales.

Es preciso considerar que los artículos constitucionales 285 y 287, así como el artículo 149, según las memorias de la Asamblea Constituyente, fueron introducidos en la Constitución Política de 2009 para evitar, -como sucedía en el pasado-, que ciudadanos totalmente ajenos a los problemas, intereses y realidad de una determinada circunscripción departamental o municipal, postularan a cargos de representación popular por dichas circunscripciones, de las cuales no eran ni siquiera vecinos, sino personas extrañas a esas comunidades de votantes, porque

la mayoría de ellos vivían fuera de la circunscripción electoral o incluso del país y retornaban sólo para las elecciones. Por lo que no resultaría evidente que dichos artículos fueron redactados para impedir a los asambleístas nacionales (senadores y diputados) que ya hubieran sido elegidos por sufragio popular de los votantes de sus propias circunscripciones —y que se vieron obligados a trasladarse a la ciudad de La Paz para ejercer sus funciones y el mandato popular que les fue confiado— puedan postularse nuevamente a otros cargos de elección popular en representación de sus propios departamentos, municipios o circunscripciones.

Además de lo indicado, resulta peculiar una especie de aceptación de violación de derechos por parte del Tribunal Supremo Electoral, pues a través de la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, en un supuesto se habría arrogado la potestad de interpretar la Constitución Política del Estado boliviano, al prohibir expresamente a los Asambleístas Nacionales del período 2010-2015, candidatear en las elecciones subnacionales de 29 de marzo de 2015, a los cargos de Alcaldes y Concejales municipales (cargos a los que optaban opositores como Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado), pero no así a los cargos de gobernador y de asambleísta departamental (donde el MAS-IPSP, tenía candidatos que fueron Asambleístas Nacionales del período 2010-2015.)

Al respecto, recordar que en Bolivia, la potestad de interpretar la Constitución Política no le corresponde, de manera alguna, al Tribunal Supremo Electoral, pues dicha interpretación es privativa del Tribunal Constitucional Plurinacional y de la Asamblea Legislativa Plurinacional, como expresamente lo señala el artículo 4 (III) de la Ley 27 del Tribunal Constitucional<sup>3</sup>.

En otro supuesto, si el Tribunal Supremo Electoral "no interpretó" los artículos 285 y 287 de la Constitución, como sostiene, entonces hizo algo peor: "legisló" (lo que tampoco le compete), ello por sobre lo establecido en la Constitución Política del Estado. Además, a través de una "circular", lo que implica que restringió derechos políticos cuando éstos sólo pueden ser limitados o restringidos a través de una "ley formal", es decir, a través del instrumento normativo adoptado por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En consecuencia, tanto la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, como su aplicación a Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado, habrían impedido

---

<sup>3</sup> Ley 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, art. 4 "(...) III. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular".

que estas personas puedan ejercer el derecho establecido en el artículo 25.b del PIDCP, es decir, el derecho a ser candidato a alcalde o alcaldesa en las elecciones de 29 de marzo de 2015.

SEGUNDO: En cuanto a los artículos 25.c y 26 del PIDCP, se debe considerar la aplicación de la prohibición en tres dimensiones:

a) En primer lugar, en las Elecciones Generales de 12 de octubre de 2014, los ex Asambleístas Nacionales de la legislatura 2010-2015, fueron habilitados por el órgano electoral para candidatear nuevamente a los cargos de senadores y diputados para el siguiente periodo legislativo 2015-2020. Así, al menos seis Senadores de la legislatura 2010-2015<sup>4</sup> habilitados, posteriormente elegidos como representantes de sus respectivas circunscripciones electorales<sup>5</sup>. Esos seis Asambleístas Nacionales, precitados "vivieron" en el periodo 2010-2015 en la ciudad de La Paz, por ser esta ciudad la sede del Órgano Legislativo (o Asamblea Legislativa Plurinacional), y no en los departamentos donde fueron elegidos como parlamentarios para el nuevo periodo legislativo 2015-2020, pese a estar vigente el artículo 149 de la Constitución Política que señala:

Artículo 149. Para ser candidata o candidato a la Asamblea Legislativa Plurinacional se requerirá cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, contar con dieciocho años de edad cumplidos al momento de la elección, haber residido de forma permanente al menos los dos años inmediatamente anteriores a la elección en la circunscripción correspondiente.

A partir de lo cual el Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Departamentales Electorales, asumieron que la residencia de los Ex Asambleístas está ubicada en los Departamentos a los que pertenecen y no así en el lugar donde realizan sus actividades laborales, ni el lugar donde sesiona la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Sin embargo, pocos meses después, para las elecciones subnacionales de 29 marzo de 2015, el Órgano Electoral Plurinacional, "de

---

<sup>4</sup> Nélide Sifuentes, senadora por el Departamento de Chuquisaca; Carmen Eva Gonzales, senadora por el Departamento de Pando; Jeannine Añez, senadora por el Departamento del Beni; María Elena Pinckert, senadora por el Departamento de Santa Cruz; Bernard Gutiérrez, senador por el Departamento de Cochabamba; y Gabriela Montañó, senadora por el Departamento de Santa Cruz.

<sup>5</sup> Es preciso señalar que además de los senadores y diputados habilitados, en el particular caso del nuevo senador por el Departamento de Santa Cruz, Carlos Romero Bonifaz, que hasta antes de las elecciones generales de 12 de octubre de 2014, vivió en La Paz cumpliendo la función de Ministro de Gobierno (Interior); y el de la actual Asambleísta Betty Yañiquez, elegida como Diputada Uninominal por la Circunscripción Núm. 7 de La Paz, cuando nunca vivió en esa circunscripción, sino en la Núm. 9. En este último caso, el Órgano Electoral en lugar de inhabilitar a la candidata (hoy diputada) Yañiquez, fue habilitada y remitió el caso al Ministerio Público.

oficio" y "a través de una simple circular", además sin ninguna potestad interpretativa sobre la Constitución, decidió que los Asambleístas Nacionales 2010-2015 que vivieron en la ciudad de La Paz no puedan ser candidatos a cargos públicos de elección popular por no haber residido en sus circunscripciones, excepto en los casos en que fueran a candidatear para gobernadores o asambleístas departamentales.

En consecuencia, la desigualdad de trato resultaría manifiesta entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015, que sí pudieron participar en las elecciones de 12 de octubre de 2014, y que ahora ejercen nuevamente funciones de senadores y diputados, a pesar de lo señalado en el artículo 149 de la Constitución Política; y entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 a quienes, mediante la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, el Tribunal Supremo Electoral no les permitió participar en las elecciones subnacionales de 29 de marzo de 2015. Es el caso de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado.

b) En segundo lugar, el Tribunal Supremo Electoral excluyó los cargos de "gobernador departamental" y "asambleísta departamental" de su Circular TSE-PRES-SC-071/2014, y lo hizo sin ninguna justificación. De esta forma, en este segundo caso, existe desigualdad de trato entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que sí pudieron candidatear a los cargos de "gobernador" y de "asambleísta departamental" de otro departamento, aunque hubieran residido los últimos dos años en La Paz; y los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que, como Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado no pudieron postular a los cargos de Subgobernador, Corregidor, Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcalde, etc. de otros departamentos o municipios, por haber trabajado los últimos dos años en La Paz.

c) En tercer lugar, la prohibición referida es también desigual en perjuicio de los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 "de otros departamentos del país", que tuvieron que vivir en La Paz los últimos cinco años (2010-2015) para ejercer sus funciones legislativas y que, por ese solo motivo, fueron inhabilitados para postularse como candidatos en sus propios departamentos y municipios para las elecciones de 29 de marzo de 2015. Éste también ese el caso de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado.

La señalada desigualdad se da frente a los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015, que efectivamente vivieron en La Paz en esos años y que en las elecciones subnacionales postularon a un cargo en "representación del Departamento de La Paz o de la ciudad de La Paz". Obviamente, éstos, como fueron elegidos asambleístas nacionales por La Paz para el periodo 2010-2015, sí vivieron en La Paz los años anteriores, ejerciendo sus funciones en la Asamblea Legislativa Plurinacional (que

tiene sede en La Paz). Por esta razón, en las elecciones de 29 de marzo de 2015 no tuvieron ningún problema para volver a candidatear a un cargo departamental o municipal por La Paz.

De esta manera, la desigualdad desarrollada precedentemente, se traduce en violaciones concretas al artículo 25 del PIDCP, en todos sus incisos (a, b y c), pero fundamentalmente con relación al inciso c, porque las condiciones de igualdad frente a los candidatos favorecidos por la Circular TSE-PRES-SC-071/2014 (los que candidatearon al cargo de gobernador o los que candidatearon a otros cargos electivos por el "Departamento de La Paz") son inexistentes.

Indicar además que esta desigualdad se traduciría en un violación independiente al artículo 26 del PIDCP, debido a que queda absolutamente claro que la decisión del Tribunal Supremo Electoral de emitir "de oficio" la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, tuvo por objeto dejar fuera de la carrera electoral a los Assembleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que ahora son disidentes del partido de gobierno MAS, por la simple razón de que estos candidatos ya no comparten la misma opinión política que el MAS-IPSP.

Así, Eduardo Maldonado en la última parte de su mandato como legislador se alejó de los dictámenes de ese partido y decidió, para las elecciones subnacionales de 29 de marzo de 2015, presentarse como candidato independiente por la agrupación ciudadana "Poder Popular", organización política nueva. Por su parte, Rebeca Delgado, quien en el periodo señalado fue diputada del MAS-IPSP por el Departamento de Cochabamba, incluso fue presidenta de la Cámara de Diputados, por discrepancias con el partido de gobierno, fue alejada del proyecto político del MAS-IPSP. Para las elecciones municipales de 29 de marzo de 2015, y ante lo cual Rebeca Delgado había tomado la decisión de candidatear a la Alcaldía de Cochabamba en representación de un frente político opositor Unidos por Cochabamba "UNICO", lo cual nos e llegó a concretar debido a que fue inhabilitada por el Órgano Electoral Plurinacional al aplicar la Circular TSE-PRES-SC-071/2014.

Por último, considerar el hecho de que la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, excluyó de la prohibición contenida en ella a los Assembleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que pretendieran candidatear al cargo de gobernador departamental. No existe razón ni justificativo legal alguno que explique por qué los aspirantes al cargo de "gobernador" están excluidos de la prohibición, si el artículo 285 de la Constitución Política se refiere tanto a "gobernadores" como a "alcaldes"<sup>6</sup>, pues ambos son los más altos cargos ejecutivos de los gobiernos autónomos.

---

<sup>6</sup> Constitución Política, art. 285. "I. Para ser candidata o candidato a un cargo electivo de los órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos (...)".

La única razón que explicaría esto es una “razón política”, vinculada a que el MAS-IPSP tuvo en las recientes elecciones de 29 de marzo como candidato a gobernador por el departamento de Potosí al Asambleísta Nacional (diputado del MAS-IPSP) del periodo 2010-2015 Juan Carlos Cejas<sup>7</sup>, quien también ganó la elección en ese Departamento<sup>8</sup>.

A partir de lo indicado, se tiene que hubo desigualdad ante la ley y la violación al artículo 26 del PIDCP, en perjuicio de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado, ambos Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015, que al ser inhabilitados por el Órgano Electoral Plurinacional, fueron discriminados por su posición u opinión política, no recibiendo en consecuencia una igual protección de la ley.

TERCERO: Por otra parte, es importante relevar que las normas bolivianas que establecen que la “residencia” permanente en un determinado lugar, por el lapso de dos años, como un requisito para la postulación a un cargo de elección popular, en este caso el de alcalde, resultaría igual de vulneratorio, ya que el referido requisito sobre la “residencia”, plasmado en la Constitución Política (arts. 149, 285 y 287), pero también en otros instrumentos como la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, estaría en contra de lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 25:

“15. Toda restricción del derecho a presentarse a elecciones, como la fijación de una edad mínima, deberá basarse en criterios objetivos y razonables. Las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el (...) lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política. Nadie debe ser objeto de discriminación ni sufrir desventajas de ningún tipo a causa de su candidatura (...)”.<sup>9</sup>

Así, cuando el Órgano Electoral aplica la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, en el caso de Eduardo Maldonado, señalando que “El ciudadano Eduardo Humberto Maldonado no tiene residencia permanente en la ciudad de Potosí, porque la mayor parte del tiempo residió en el lugar donde sesiona la Asamblea Legislativa Plurinacional a momento de ejercer su actividad principal en su calidad de Asambleísta Nacional” y en el caso de Rebeca Delgado “Que la propia apelante reconoce haber tenido como residencia la ciudad de La Paz, cuando textualmente indica: “(...), lo que

---

<sup>7</sup> Vid., ACLO “Juan Carlos Cejas del MAS asumirá Gobernación y Williams Cervantes alcaldía municipal de la ciudad de Potosí”.

<sup>8</sup> De igual modo, el candidato del MAS, Víctor Hugo Vásquez, ganó las elecciones a gobernador en el departamento de Oruro el 29 de marzo y los había residido en La Paz, no en Oruro, ejerciendo el cargo de Viceministro de Desarrollo Rural.

<sup>9</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General Núm. 25, párr. 15.

motivo que mi residencia por mandato popular sea establecida en la sede del gobierno, es decir la ciudad de La Paz, (...)”. Expresiones de la apelante que son contradictorias a su Declaración Jurada ante Notaría de Fe Pública sobre su residencia.”

Ambas resoluciones, contravendrían lo establecido por el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que el requisito de la “residencia” es un “requisito irrazonable” y “de carácter discriminatorio”. Aspecto que implicaría que el Estado boliviano ha incurrido en una violación adicional al artículo 25 del PIDCP, de acuerdo a la interpretación que de dicho convenio ha hecho el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 25 (Párr. 15). Siendo mucho más evidente la violación, cuando los Tribunales Departamentales de Potosí y Cochabamba, así como el Tribunal Supremo Electoral de forma contraria además a lo dispuesto en la Observación General Núm. 25 que interpreta el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contraviniendo la norma constitucional boliviana, que obliga a la aplicación preferente y la interpretación de acuerdo a los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando éstos prevean normas más favorables, así dicho texto de la norma constitucional sostiene:

Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

CUARTO: Como lo ha indicado el Comité de Derechos Humanos, tanto en su Observación General Núm. 25, como en su jurisprudencia, “el ejercicio de los derechos amparados por [el artículo 25] no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos<sup>10</sup>”.

Lo cual implicaría que no sólo el requisito de la “residencia” es *per se* “irrazonable” y “de carácter discriminatorio” (Observación General Núm. 25, párr. 15), sino que también la interpretación del Órgano Electoral sobre ese requisito es “irrazonable”. Ello en virtud a que no podría ser “razonable” que el artículo 285.I.1) de la Constitución incluya a los ex Asambleístas Nacionales que tuvieron que vivir en La Paz (sede de la Asamblea Legislativa) los últimos dos años para cumplir, justamente, el

---

<sup>10</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación Núm. 1354/2005, *Sudalenko vs. Bielorrusia*, párr. 6.4.

mandato político de sus electores de diferentes departamentos y municipios del país.

Asimismo, la Circular TSE-PRES-SC-071/2014 carecería del elemento de la "objetividad", pues no es comprensible, desde una perspectiva objetiva, la razón por la cual el Órgano Electoral Plurinacional excluyó de la mencionada circular a los ex Asambleístas Nacionales con pretensiones de candidatear a los cargos de "gobernador departamental" o "asambleísta departamental".

En consecuencia, citando el *caso Sudalenko vs. Bielorrusia*, en el que el Comité consideró que "el rechazo de la solicitud de registro del autor como candidato a las elecciones de 2004 a la Cámara de Representantes no obedeció a criterios objetivos y razonables" y, por tanto, que era "incompatible con las obligaciones que imponen al Estado parte el artículo 25, párrafos a) y b), leídos conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, y el artículo 26 del Pacto"<sup>11</sup>, en el caso de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado, se da una situación similar, que afectaría a los mismos derechos, todo debido a los criterios "no objetivos ni razonables" con los cuales el Estado boliviano los inhabilitó como candidatos a alcalde y alcaldesa para las elecciones de 29 de marzo de 2015.

## Conclusiones

En el marco del "Proceso de cambio" y modificación del bloque de poder, el partido político de gobierno MAS – IPSP, utilizó una serie de estrategias de *jure* y de *facto* para desarticular a los opositores políticos. No obstante, ante el surgimiento de una nueva oposición formada por disidentes del mismo MAS – IPSP, el oficialismo decidió utilizar al Tribunal Supremo Electoral para inhabilitar a los candidatos disidentes y las fuerzas políticas que los acompañen. A tal fin, aprobó la Circular TSE-PRES-SC-071/2014 de 18 de diciembre de 2014, mediante la cual suprimió el derecho de los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015, a presentarse como candidatos para ciertos cargos electivos. Ello al disponer, en la parte pertinente, que:

En este marco, los Asambleístas Nacionales (Senadores y Diputados) del periodo legislativo 2010-2015 no podrán ser candidatos o candidatas a Subgobernadora o Subgobernador, Corregidora o Corregidor, Ejecutiva o Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcaldesa o Alcalde, Asambleísta Regional y Concejala o Concejal Municipal.

Así, el argumento del Tribunal Supremo Electoral respecto a que la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, sólo "operativiza" o "aplica" lo normado

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, párr. 6.7.

por la Constitución Política, al expresar que los Asambleístas Nacionales (Senadores y Diputados) del periodo legislativo 2010 -2015 no podrán ser candidatos o candidatas a Subgobernadora o Subgobernador, Corregidora o Corregidor, Ejecutiva o Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcaldesa o Alcalde, Asambleísta Regional y Concejala o Concejel Municipal, no resultaría evidente toda vez que:

En la aprobación de dicha norma el Tribunal Supremo Electoral se arrogó la potestad de interpretar la Constitución Política del Estado boliviano, que es privativa del Tribunal Constitucional Plurinacional y de la Asamblea Legislativa Plurinacional, como expresamente lo señala el artículo 4 (III) de la Ley 27 del Tribunal Constitucional.

Las normas constitucionales no establecen una prohibición expresa para que los Asambleístas Nacionales puedan candidatear en futuros procesos electorales.

Las violaciones a los artículos 25 (c) y 26 del PIDCP en perjuicio de Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado se efectivizaron en tres dimensiones, primero en la desigualdad de trato resultaría manifiesta entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015, que sí pudieron participar en las elecciones de 12 de octubre de 2014, y que ahora ejercen nuevamente funciones de senadores y diputados, a pesar de lo señalado en el artículo 149 de la Constitución Política; y entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 a quienes, mediante la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, el Tribunal Supremo Electoral no les permitió participar en las elecciones subnacionales de 29 de marzo de 2015; segundo en la desigualdad de trato entre los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que sí pudieron candidatear a los cargos de "gobernador" y de "asambleísta departamental" de otro departamento, aunque hubieran residido los últimos dos años en La Paz; y los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 que, como Eduardo Maldonado y Rebeca Delgado no pudieron postular a los cargos de Subgobernador, Corregidor, Ejecutivo Seccional de Desarrollo, Alcalde, etc. de otros departamentos o municipios, por haber trabajado los últimos dos años en La Paz; y tercero en perjuicio de los Asambleístas Nacionales del periodo 2010-2015 "de otros departamentos del país", que no siendo de La Paz tuvieron que vivir en La Paz los últimos cinco años (2010-2015) para ejercer sus funciones legislativas y que, por ese solo motivo, fueron inhabilitados para postularse como candidatos en sus propios departamentos y municipios para las elecciones de 29 de marzo de 2015.

Así, esta desigualdad se traduce en un violación independiente al artículo 26 del PIDCP, debido a que la decisión del Tribunal Supremo Electoral de emitir "de oficio" la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, tuvo por objeto dejar fuera de la carrera electoral a los Asambleístas Nacionales

del periodo 2010-2015 que ahora son disidentes del partido de gobierno MAS, por la simple razón de que estos candidatos ya no comparten la misma opinión política que el MAS-IPSP.

Finalmente, sostener que el referido requisito sobre la “residencia”, plasmado en la Constitución Política (artículos 149, 285 y 287), pero también en otros instrumentos como la Circular TSE-PRES-SC-071/2014, es contrario a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 25, el cual destaca que las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el (...) lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política.

De esa forma, el Comité de Derechos Humanos tanto en su Observación General Núm. 25, como en su jurisprudencia, ha establecido que “el ejercicio de los derechos amparados por [el artículo 25] no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos”. Lo cual no ocurre en el presente caso, ya que no podría ser “razonable” que el artículo 285.I.1) de la Constitución incluya a los ex Asambleístas Nacionales que tuvieron que vivir en La Paz (sede de la Asamblea Legislativa) los últimos dos años para cumplir, justamente, el mandato político de sus electores de diferentes departamentos y municipios del país, además porque la Circular TSE-PRES-SC-071/2014 carece del elemento de la “objetividad”, pues desde una perspectiva objetiva, no resulta lógico que la razón por la cual el Órgano Electoral Plurinacional excluyó de la mencionada circular a los ex Asambleístas Nacionales con pretensiones de candidatear a los cargos de “gobernador departamental” o “asambleísta departamental”.

# NOTAS

## II. ARGENTINA: EL CASO “GUTIÉRREZ” Y LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE SALUD MENTAL Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL ANTE LA OMISIÓN LESIVA DEL ESTADO

Germán Ariel Jáuregui\*

### Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar un fallo dictado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires<sup>1</sup> relacionado con la situación de los pacientes internados en los hospitales monovalentes en dicho territorio. Asimismo, abordar brevemente el estado de la temática referida a la salud mental, a la luz de la nueva legislación nacional y provincial; y finalmente una mención al tratamiento judicial de la omisión del Estado en realizar acciones positivas, desde la perspectiva de la siempre espinosa cuestión de la intervención judicial en el diseño de las políticas públicas.

### 1. El caso judicial

El planteo judicial fue incoado por el propio Ministerio Público Fiscal, a través de la Titular de la Asesoría de Incapaces Núm. 4 y la Defensora Oficial a cargo de la U.F.D. Núm. 13 del Departamento Judicial La Plata, a favor de las personas internadas en el Hospital Interzonal de Agudos y Crónicos Dr. Alejandro Korn, a través de una acción de amparo.

La acción originaria se direccionó a obtener una condena contra el Estado Provincial que permitiera la protección de los derechos de los pacientes internados con patologías agudas en el Hospital Interzonal, los

---

\* Abogado y Director General de Actuaciones y Dictámenes de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Sentencia de 15 de julio de 2015, *Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo*, SCBA, Causa: A-71230.

cuales casi en su totalidad se encuentran bajo curatela judicial, ello frente a la inacción estatal evidenciada en la carencia de personal suficiente, fundamentalmente de enfermeros, asistentes sociales y terapeutas ocupacionales, así como las severas falencias en el mantenimiento edilicio.

Luego de haber transcurrido las diferentes instancias judiciales, la Suprema Corte provincial, al resolver el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la actora, decidió condenar al Estado (Provincia de Buenos Aires) a realizar "...un plan de refuerzo de la planta de personal de enfermería del Hospital Interzonal Especializado en psiquiatría, Dr. Alejandro Korn, que garantice la disponibilidad efectiva de un enfermero por cama, con cobertura adecuada en los turnos correspondientes, en una cantidad que, en todo caso, no ha de ser menor a la de 130 enfermeros y, a la vez, en su programación contemple las medidas de externación que el Ministerio de Salud haya previsto y aprobado en el contexto de la aplicación de las leyes nacional 26.657 (v. arts. 9, 11, 14, 15, 20 y concs.) y provincial 14.580 y sus respectivas reglamentaciones".

Además de ello, en lo atinente al otro de los puntos objeto de la demanda, relativos a las tareas de mantenimiento edilicio ordenó a la Provincia de Buenos Aires a que en el mismo Hospital, "...en el plazo de sesenta (60) días, elabore y presente ante el juez de grado un plan integral de mantenimiento y mejora del edificio, infraestructuras de servicios e instalaciones ... por el mecanismo de contratación o asignación de personal que estime más adecuado a las circunstancias para el eficiente logro de dicho cometido".

Finalmente, en referencia a las funciones requeridas en materia de trabajo social y terapia ocupacional inherentes al servicio que brinda el Hospital, ordenó a la Provincia a que, "...en el plazo de treinta (30) días, comunique al magistrado interviniente la propuesta de resolución de las falencias señaladas en dicho pronunciamiento, según la modalidad de atención que estime más adecuada a las circunstancias para el eficiente logro de dicho cometido".

Las principales cuestiones abordadas en el fallo se vinculan con la aplicación de normas de carácter interno o supranacional, ya que la cuestión enfrenta, por un lado, el derecho a la salud de los pacientes del Hospital Alejandro Korn en sus aspectos asistenciales, y la obligación impostergable del Estado provincial de asegurarlo con acciones positivas.

En este sentido, el fallo pone de manifiesto la tensión existente entre las potestades estatales por un lado, y los derechos que asisten a los pacientes internados por el otro, conjugando la aplicación de los derechos consagrados en el artículo 36.8 de la Constitución provincial (derecho a la salud), y el ejercicio de la potestad discrecional del Poder Ejecutivo

provincial para nombrar a los empleados públicos, de conformidad con los artículos 52 y 144 de la misma carta constitucional, atribución que según el decisorio "...no se encuentra en discusión, ni su carácter discrecional en función de las concretas necesidades y posibilidades, sino la razonabilidad con que fue ejercida en relación con el personal del hospital ...".

En el primer voto, correspondiente al Dr. Hitters ya advierte que la Cámara de Apelación "...erró en la interpretación asignada a las normas que rigen el caso, al conferirle prelación jerárquica a una regla de organización administrativa como es la atribución de nombrar a los empleados públicos (arts. 52 y 144, Const. prov.), por sobre aquellas que reconocen la operatividad de los derechos sociales fundamentales (arts. 36.8, Const. prov.; 75.22, Const. nac. y conc.); y al fijar un alcance interpretativo tan amplio para la primera que importó, lisa y llanamente, excluir del control judicial al ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración".

Esto es así, toda vez que el planteo del magistrado se centra en la necesidad de aplicar directivas constitucionales e internacionales que rigen el tema, fijando un alcance interpretativo que permita no excluir del control judicial el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración; y al mismo tiempo propone que las normas aplicables deben ser aquellas que reconocen la operatividad de los derechos sociales fundamentales, apoyando su postura en antecedentes nacionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En palabras del magistrado citado, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos "... plasma(n) el deber de los Estados de organizar, intensificar y ampliar los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales".

Desde el antiguo y conocido caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*"<sup>2</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación despejó las dudas acerca de la operatividad de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional y advirtió sobre la responsabilidad de carácter internacional del Estado por la observancia, que pesa sobre todos los órganos internos, incluidos los locales de carácter judicial -a quien por otra parte le corresponde la expresa misión, constitucional e indeclinablemente asignada, de verificar la correspondencia de las leyes con la Constitución nacional- de las normas establecidas en los tratados internacionales de los que el Estado forma parte.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado que esta responsabilidad internacional, en el marco de la Convención Americana sobre derechos Humanos, nace en el momento

---

<sup>2</sup> Sentencia de la CSJN de 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492.

mismo de la violación de las obligaciones generales erga omnes de respetar y hacer respetar -garantizar- las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos que allí se consagran en cualquier circunstancia y respecto de toda persona. Ello así conforme a lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2 del referido documento internacional.

Cabe acotar que la responsabilidad, como lo ha destacado ese Tribunal regional, incluye actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado independientemente de la jerarquía de los funcionarios que infrinjan las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, apareciendo inmediatamente el ilícito internacional (caso de la "*Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*", sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, Núm. 140; caso de la "*Masacre de Mapiripán vs. Colombia*", sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, Núm. 134, párr. 111).

En el caso bajo análisis, entonces, "(...) no quedan dudas ya que el Estado debe adaptar sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre la materia...", y que los Tribunales judiciales no sólo deben abordar las cuestiones desde el control de constitucionalidad, sino que necesariamente "...se tiene que ejercer el denominado 'control de convencionalidad (...)' Especialmente los tratados internacionales en materia de discapacidad, que se encuentran plenamente vigentes para nuestro país (voto del Dr. Hitters). De este modo, la doctrina judicial se consolida, dejando claramente establecida la obligatoriedad para los jueces de cada país, de cualquier fuero o jerarquía, en tanto el carácter difuso de nuestro control de constitucionalidad, de realizar este otro control de convencionalidad, aun de oficio.

## 2. Ley de Salud Mental y omisión lesiva de derechos

En la Provincia de Buenos Aires, rige desde hace relativamente poco tiempo la [Ley de Salud Mental 14.580](#) (sancionada el 27 de noviembre de 2013). La misma, en su artículo primero adhiere a la [Ley Nacional 26.657](#), que establece el "Derecho a la Protección de la Salud Mental". La norma nacional significó un profundo cambio de paradigma en la materia, ya que por primera vez se estableció la "protección de los derechos de los ciudadanos que padecen problemas de salud mental", garantizando el "acceso a los servicios que la promueven y la protegen", definiendo asimismo, que las políticas de salud mental contemplan también la protección de los derechos de aquellos ciudadanos con problemas en el uso de drogas legales o ilegales.

En su articulado se recepta normativamente una perspectiva totalmente distinta a la existente en el anterior régimen, toda vez que "...se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por

componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”; a su vez, se deja establecida la regla de la capacidad, se promueve la atención interdisciplinaria de las personas usuarias del sistema, con especial acento en un sistema de “apoyos”.

En la Sentencia bajo análisis, quien introduce expresamente la necesaria presencia de este nuevo régimen normativo es el Dr. Soria, quien señala concretamente en su voto que “...el diseño y la práctica del modelo de gestión hospitalario pertenecen al desarrollo de las políticas públicas en materia sanitaria y más propiamente, al complejo campo de la salud mental, que en la actualidad encuentran sostén jurídico en el régimen de la Ley nacional 26.657, a la que ha adherido la Provincia (Ley 14.580). Se trata de materias pertenecientes a la iniciativa, competencia y arbitrio del legislador y del poder administrador”.

Luego de analizar la situación existente en el Hospital, en relación a los pacientes internados, el magistrado expresa que de acuerdo a las constancias del expediente se verifica un “...incumplimiento grave en el desempeño de la función estatal de protección de la salud de un sector particularmente vulnerable”. Y que este déficit en la prestación del servicio del Estado se traduce en una omisión lesiva del derecho a la salud de los pacientes del Hospital. En este sentido concuerda con el voto precedente del Dr. Hitters en cuanto a la necesidad de condenar al Estado.

### 3. Intervención judicial y políticas públicas

Habiendo quedado despejada en el fallo, la cuestión relativa a las necesidades de los pacientes, así como también la constatación de las vulneraciones denunciadas, que derivaron en la decisión de condenar la omisión lesiva estatal, atento el criterio de la mayoría, corresponde ahora analizar brevemente cómo trata la sentencia el tema de la injerencia de las decisiones judiciales en el diseño de las políticas públicas que se encuentran en cabeza de otro poder del Estado. En tal sentido, es necesario señalar la importancia que reviste el caso bajo análisis en cuanto a la determinación de los límites que encuentra la actuación judicial frente a casos en donde las vulneraciones de derechos exigen que la composición, necesariamente, opere desde el punto de vista de las acciones positivas a las que está obligado el Estado y depende de manera directa del diseño de políticas públicas que permitan hacer efectivos los derechos.

El criterio arribado en la Sentencia, determina cuáles son los alcances de las omisiones objeto de la demanda y señala a la

Administración los plazos en los que debe realizar los planes de acción para lograr los resultados.

Creemos que esa postura adoptada finalmente en el fallo es la correcta, ya que logra conjugar un adecuado reconocimiento de los derechos de este grupo tan vulnerable, como son los pacientes internados con padecimientos en salud mental, aplicando no solo las normas de derecho interno, sino proponiendo un “control de convencionalidad”, a la luz de la nueva legislación en la materia.

De tal modo, se logra que quien ostenta la competencia específica para diseñar la prestación del servicio, (en este caso el Ministerio de Salud como Autoridad de Aplicación dentro del Estado Provincial), cumpla sus cometidos propios sin la necesidad que lo supla otro de los poderes del Estado, como el judicial.

Para cumplir, la Administración deberá elaborar las políticas públicas tendientes, los planes de implementación para dotar en los plazos ordenados, la cantidad necesaria de enfermeros, trabajadores sociales y terapeutas ocupacionales para los pacientes y además, realizar un plan de acción para las tareas de mantenimiento requeridas en el nosocomio, todo ello teniendo en miras el nuevo paradigma existente en materia de salud mental, que tiene como sostén la externación.

### III. ARGENTINA: EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD (1984-2015)

Diego Mielnicki\*

#### Introducción

El presente artículo intenta reseñar sucintamente -so pena de resultar escaso- una síntesis de algunas de las apreciaciones que efectuara la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el esencial artículo 19 de la Carta Magna<sup>1</sup> -que contempla, entre otros, el derecho a la privacidad- en sentencias que constituyen verdaderos *leading cases* en la materia; tomando como punto de partida el retorno democrático en diciembre de 1983, con los pronunciamientos de la muchas veces denominada informalmente “nueva Corte de la democracia” destacándose en sus inicios el precedente “*Ponzetti de Balbín*” sobre derecho a la intimidad y libertad de prensa a finales de 1984 y finalizando el breve *racconto* a mediados de 2015 con el Máximo Tribunal consolidado en su actual conformación y el dictado del histórico fallo “*D., M. A.*” (el caso del paciente Marcelo Díaz) que reconoce cabalmente el derecho de todo paciente a decidir su muerte digna.

---

\* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Postgraduado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica (Universidad de Alcalá, España). Profesor de la Carrera de Abogacía (Facultad de Derecho) de la Universidad de Palermo en las materias Práctica Profesional I y Práctica Profesional III. Director de Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (dmielnicki@hotmail.com).

<sup>1</sup> El art. 19 de la Constitución Nacional establece que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

## 2. Breve repaso previo por la interpretación del artículo 19 de la Constitución en la doctrina nacional<sup>2</sup>

El origen de la consagración constitucional del derecho a la privacidad (para muchos, de mayor alcance pero comprensivo del derecho a la intimidad) que comienza con la célebre fórmula que estipula la protección para las “acciones privadas de los hombres...” es según Arturo Enrique Sampay consecuencia directa de la influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa como fuente en el sentido de que la ley no tiene “el derecho” de prohibir más acciones que las nocivas para la

---

<sup>2</sup> En doctrina, entre otros, Colautti razona que no son sinónimos los conceptos de privacidad e intimidad no obstante usarse indistintamente. Enseña que “entre las acciones privadas y acciones íntimas hay una relación de género a especie. Las acciones íntimas son una especie dentro de las acciones privadas, dado que todas las acciones íntimas son privadas, pero no todas las acciones privadas son íntimas...”, en: COLAUTTI, C. E., “Notas sobre desobediencia y objeción de conciencia. Comentario al caso Armella, Miguel Ángel c. Aerolíneas Argentinas”, *LA LEY*, 2001-B-22. En dicha comprensión, la protección del art. 19 de la Constitución protege las convicciones que, exteriorizadas que dejan de ser íntimas para convertirse en privadas. Quiroga Lavié señala, tal como enseñara Nino, se entiende por “intimidad la faceta de la personalidad exenta del conocimiento e injerencia por parte de los demás; en cambio, por privacidad, la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, o sea, acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública...”. QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M.A., CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino* Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001 p. 147. Ekmekdjian vincula el derecho a la privacidad con el derecho a la dignidad, valuarde fundamental de nuestro sistema jurídico constitucional. En sus notas al art. 19 de la Constitución afirma que el derecho a la privacidad es uno de los más importantes fundamentos del derecho a la dignidad, hallándose éste es la cúspide del orden jerárquico de derechos. Privacidad e intimidad no constituyen para el autor conceptos diferentes, siendo aquella “facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, en EKMEKDJIAN, M.A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 457 y ss. Lorenzetti, por su parte, advierte que el ejercicio de la libertad deriva en una regla de autonomía que implica la posibilidad de decidir, también bajo la protección del art. 19. Bidart Campos sostiene que la libertad de la intimidad se relaciona con la zona de reserva personal, “propia de la autonomía del ser humano”. En nuestra constitución, entonces, la libertad es un valor y es un principio general, bajo la premisa esencial de que todo lo que no está prohibido está permitido, con el amparo del art. 19. Lorenzetti explica en torno a la regla de la autonomía, que “La esfera íntima es el ámbito absolutamente intangible de protección de la vida privada, porque desenvolviéndose dentro de ella el individuo no influye en su comportamiento sobre los demás”. Mientras que “el ejercicio de la libertad deriva en una regla de autonomía que importa la posibilidad de decidir, sin condicionamientos externos, derivándose de ello una regla general de libertad. Dicha regla de libertad general está abiertamente reconocida en el art. 19 y en el preámbulo constitucional.” en LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1997, pp. 61 y ss.

sociedad.<sup>3</sup> Destaquemos inicialmente una clara influencia liberal que contribuyó al reconocimiento del derecho a la autonomía individual desde el texto fundacional original de la Argentina.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 19 da asimismo cobijó al principio de la autonomía individual, considerado uno de los fundamentos rectores “del mejor invento del siglo XX”, el Derecho de los derechos humanos, en el magistral sentido que fuera propuesto por Carlos Nino.<sup>4</sup>

Además, otorga un necesario marco de protección a las denominadas conductas autorreferentes y al espacio de indemnidad de las personas, según enseñara Germán Bidart Campos, quien también acuñó el concepto de “libertad de intimidad”, ámbito en el cual Estado y particulares deben abstenerse de interferir, delimitándose así una esfera de privacidad que incluye acciones y omisiones del sujeto que no perjudican a terceros.<sup>5</sup>

Incluso el célebre jurista argentino ha sostenido que el derecho a la identidad se encuentra, por una parte, estrechamente ligado al concepto del derecho a la intimidad, por el cual la persona elige vivir su modo de vida hacia su “*mismidad*” sin necesidad de proyección externa y posiblemente contemplado en la ya clásica nómina de los derechos personalísimos; pero por otra parte, contempla una exteriorización de la identidad, en la cual cada persona humana tiene el derecho de elegir libremente, sin interferencias del Estado ni de ningún otro tercero “su propio plan o proyecto personal de vida autorreferente; o sea, el que no dañe a otros, no obstante que a veces pueda disgustarles o serles desagradable”.<sup>6</sup> Una vez más, la referencia al vital artículo 19 de la C.N.

Por otra parte, desde dicha noción de falta de afectación a terceros, la previsión constitucional del artículo 19 es plenamente compatible con el principio de la existencia de daño como único fundamento para la intervención o coacción estatal, concepto que ya fuera propuesto por John Stuart Mill en 1859.<sup>7</sup>

Asimismo, del artículo 19 la doctrina ha desprendido el principio de la libertad (o principio de libertad) por el cual toda persona es sujeto de Derecho<sup>8</sup> derivado de modo inescindible de la prohibición de la esclavitud

---

<sup>3</sup> SAMPAY, A. *La filosofía jurídica del Art. 19 de la Constitución Nacional*, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1956.

<sup>4</sup> NINO, C. *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, pp. 50-63.

<sup>6</sup> BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>7</sup> MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Aguilar, Barcelona, 1980, p. 32.

<sup>8</sup> Arts. 1 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, los tratados internacionales

que preceptúa el artículo 15 de la Carta Magna y de la concreción del espacio de intimidad y privacidad protegidas.

Finalmente, debe traerse a colación la nota del preámbulo constitucional, en tanto como uno de los fines del Estado se encuentra “asegurar los beneficios de la libertad”. Es de este principio-valor que deriva el principio humanista básico por el cual se entiende que “todo lo que no está prohibido está permitido”, enlazándose también con el concepto de “libertad de intimidad” análogo al inglés “*right of privacy*”.<sup>9</sup>

### 3. Algunos pronunciamientos fundamentales de la CSJN en torno al artículo 19 de la Constitución Nacional

#### a. Primer período: 1984-1989<sup>10</sup>

Posiblemente el primer *leading case* que pondera los alcances del artículo 19 frente a los derechos vinculados con la libertad de prensa y de imprenta (arts. 14 y 32 entre otros de la Carta Magna) en el primer año de retorno democrático haya sido el caso “*Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*”<sup>11</sup> fallado en diciembre de 1984 y en el cual la Corte Suprema de la novel democracia reconoció el ámbito material de la intimidad. En él se

---

dotados de rango constitucional en el art. 75.22 contemplan precisas estipulaciones en favor de la protección del derecho a la libertad, a la privacidad y a la intimidad. La Declaración Universal establece en su art. 12 que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. Asimismo, el art. 11.2 de la Convención Americana y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Declaración Americana dispone que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 1).

<sup>9</sup> BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, op. cit.*, pp. 50-51. El célebre jurista recordaba las palabras de Nino a fin de diferenciar la intimidad como aquella esfera personal exenta del conocimiento de terceros, de la privacidad como la facultad irrestricta de llevar a cabo acciones privadas que no produzcan daño a otras personas, en ambos casos, bajo la protección de la llamada zona de reserva personal propia de la autonomía de la persona humana. Es decir, la privacidad es más amplia y abarcadora que la intimidad, por lo que la primera comprende a la segunda. Debe considerarse también que la libertad de intimidad del art. 19 de la Constitución se establece en: art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

<sup>10</sup> La CSJN estuvo integrada en este período por los ministros José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt y Enrique Petracchi. El juez Genaro Carrió formó parte del tribunal hasta 1985 y en su reemplazo asumió el juez Jorge Bacqué.

<sup>11</sup> Causa “*Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*”, con sentencia de la CSJN de 11 de diciembre de 1984, fallos 306:1892. En dicho caso se confirmó la sentencia condenatoria a un medio periodístico por publicar fotografías invadiendo sin autorización la privacidad de un político que se encontraba internado en terapia intensiva de un centro asistencial, próximo a su muerte.

estableció que el artículo 19 protege "...un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física...". Se entendió también que el derecho a la intimidad puede ceder únicamente cuando media un interés superior en resguardo de la libertad de los demás, siendo que "...la intromisión en la vida privada solamente puede ser realizada con base en una autorización legal...". Asimismo la Corte observó que el derecho a la privacidad del artículo 19 comprende también otros aspectos "...tales como la intangibilidad corporal..." remarcando que "...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona...". Por ello, confirmó la condena a la editorial demandada que disponía el pago de una indemnización a la familia de Ricardo Balbín, reconocido político que en las horas previas a su muerte, internado en terapia intensiva, fue objeto de la toma y publicación de fotografías de su agonía, sin consentimiento alguno, que *a posteriori* fueron publicadas en la tapa y el interior de una conocida revista de la época ("Gente y la actualidad"). Así, se estableció que el último límite en el ejercicio del derecho de imprenta y de la libertad de prensa es la afectación a la intimidad de la persona (aún persona pública, pero fuera del ejercicio público de su actividad, como en el caso) que protege el artículo 19 de la Carta Magna.

En el caso "*Bazterrica*", fallado en 1986 y por el cual se declaró inconstitucional la norma penal que reprimía la tenencia para uso o consumo personal de estupefacientes, la Corte remarcó la "...prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, que responde al hecho de que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan...".<sup>12</sup> En palabras del juez Cooley -citado por el juez Petracchi en su voto concurrente con la mayoría- la privacidad es entendida como "el derecho a ser dejado a solas" por el Estado, para permitirle al sujeto la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida. El citado ministro agrega que "(...) el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, (...) resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada

---

<sup>12</sup> Causa "*Bazterrica*" con sentencia de la CSJN de 29 de agosto de 1986, fallos 308:1392. En el caso se declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la tenencia para uso personal de estupefacientes por ser violatoria del derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, doctrina luego revertida en 1990 mediante el caso "*Montalvo*" y nuevamente receptada por el Máximo Tribunal a través del precedente "*Arriola y otros*" en 2009.

vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y solo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria”.

En “*Sejean c/ Sejean*”<sup>13</sup> precedente dictado pocos días antes de la sanción de la ley de divorcio vincular en 1986, y en el cual se resolvió la inconstitucionalidad de las normas sobre matrimonio civil que no permitían contraer nuevas nupcias a las personas divorciadas, la Corte integró el concepto del artículo 33 de la Constitución, que contempla el derecho implícito a la dignidad humana con el límite del artículo 19, es decir, que no haya afectación a la moral pública ni a terceros. Así, estableció que “...el derecho a la dignidad humana, que hace que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del artículo 19 de la Carta Magna, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana”.

En el caso “*Portillo*”<sup>14</sup>, fallado en 1989 y en el que se analizó la constitucionalidad de la ley que establecía el entonces servicio militar obligatorio ante la petición de un ciudadano que profesaba el culto católico apostólico romano pero se manifestaba contrario por sus propias creencias a la utilización de armas de fuego, el Máximo Tribunal dio cuenta de los riesgos de la intromisión del Estado en materias que hacen al fuero íntimo que comprende un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en los que la persona puede basar su propio plan de vida, los cuales deben ser protegidos. Asimismo se estableció que “En un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechaza; ello está instituido por el art. 19 de nuestra Ley Fundamental, en el sentido que le dieron los constituyentes”. La Corte si bien mantuvo la constitucionalidad de la norma y confirmó el rechazo de la petición en general, resolvió que se pudiera acceder a la realización de un servicio

---

<sup>13</sup> Causa “*Sejean c/ Sejean*” con sentencia de la CSJN de 27 de noviembre de 1986. Fallos 308:2268.

<sup>14</sup> Causa “*Portillo*” con sentencia de la CSJN de 18 de abril de 1989. Fallos 312:496. En el caso se cuestionó la obligatoriedad de un servicio exclusivamente de índole militar para quien basándose en sus creencias religiosas y morales se negaba a portar armas.

obligatorio, de tipo no militar y sin el empleo de armas, a efectos de no contrariar las creencias religiosas y/o morales de los interesados. La norma que establecía en la Argentina el servicio militar obligatorio para los ciudadanos varones de 18 años se mantuvo vigente por unos pocos años (fue suspendida, si bien no derogada, en 1995).

#### b. Segundo período: 1990-2003<sup>15</sup>

Estrechamente vinculado con el reconocimiento constitucional del derecho a la identidad derivado de la norma constitucional del artículo 19, en el caso “*M. J.*” fallado por la Corte Suprema en 1990, se debatió la filiación y la verdad genética -especialmente a través del voto del juez Petracchi- quien estableció que la identidad hace al derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en la cual está comprometida la dignidad personal.<sup>16</sup> También el Máximo Tribunal reconoció la existencia del derecho constitucional a la identidad, entre otros, en el fallo “*D. de P. V., A. c/O., C. H.*” dictado en 1999.<sup>17</sup>

En “*Montalvo*”<sup>18</sup>, fallo de 1990, la Corte revirtió el precedente “*Bazterrica*” sosteniendo en esta oportunidad, con un criterio conservador, restrictivo y limitante del alcance del artículo 19, que la tenencia para consumo personal de estupefacientes no resultaba una acción privada en tanto afectaba entre otros, al bien jurídico salud pública, tutelado por el legislador en la norma penal, en tanto se interpretó que el consumo individual afectaba directamente a la salud pública, como bien jurídico colectivo y social. Asimismo, sostuvo el voto mayoritario que se trataba de una cuestión sometida a decisión exclusiva del Poder Legislativo, en tanto éste había modificado la norma. En 2009 la Corte habría de retomar la doctrina “*Bazterrica*” (esencialmente el voto concurrente con la mayoría del ministro Petracchi) en el fallo “*Arriola y otros*”.

---

<sup>15</sup> La CSJN estuvo integrada en este período por los ministros Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor. Entre 1990 y 1991 formó parte del tribunal el juez Julio Oyhanarte y en su reemplazo asumió el ministro Antonio Boggiano. Hasta 1993 lo integraron los jueces Rodolfo Barra y Mariano Cavagna Martínez, siendo reemplazados por los ministros Guillermo López y Gustavo Bossert. El juez Ricardo Levene (hijo) integró la Corte hasta 1995, año en que asumió en su lugar el ministro Adolfo Vázquez. En 2002 renunció el ministro Bossert siendo reemplazado por el juez Juan Carlos Maqueda.

<sup>16</sup> Causa “*M., J.*” con sentencia de la CSJN de 13 de noviembre de 1990, *Revista LL-1991-B*, pp. 470 y ss.

<sup>17</sup> Causa “*D. de P. V., A. c/O., C. H. s/ impugnación de paternidad*” con sentencia de la CSJN de 01 de noviembre de 1999. Fallos 322:2701.

<sup>18</sup> Causa “*Montalvo, Ernesto A.*” con sentencia de la CSJN de 11 de diciembre de 1990. Fallos 313.1333.

En el caso “C.H.A.”<sup>19</sup> dictado en 1991, el Máximo Tribunal entendió que el pedido de personería jurídica solicitado por una asociación de personas homosexuales era de objeto contrario al bien común, requisito de la ley aplicable (normativa del Código Civil). El voto concurrente del juez Boggiano refleja un grave retroceso reaccionario en la interpretación del artículo 19 al señalar que “las acciones privadas de los hombres ofenden al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten a sí mismos, pues nadie puede consentir que se le inflija un serio daño”. Por el contrario, el voto en disidencia del juez Fayt arroja luz sobre la cuestión al expresar que “Frente a la existencia de un grupo de personas, que pueden resultar afectadas en su dignidad, la que merece claramente protección constitucional, el legítima su organización a los efectos de la preservación de aquélla”. Asimismo sostiene que “La protección de la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que, por otra parte, es requisito de una sociedad sana”. Por su parte, el voto en disidencia del ministro Petracchi también resulta esclarecedor al observar que “El derecho a la intimidad consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, etc., de tal forma que permita a los individuos elaborar libremente sus planes de vida, en tanto éstos no afecten concretamente algún interés legítimo de terceros”. Este precedente sería plenamente revertido por la propia Corte Suprema mediante el dictado del fallo “ALITT” en 2006.

En “Bahamondez”, caso de 1993 en el cual una persona mayor de edad que profesaba el culto de los Testigos de Jehová solicitaba el respeto a su negativa a someterse a una transfusión sanguínea, la Corte señaló la necesidad de resguardar “...el respeto por la persona humana, valor jurídicamente protegido, con respecto de los cuales los demás tienen carácter instrumental...”. También estableció que “Respecto del marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, el artículo 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la

---

<sup>19</sup> Causa “Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia” con sentencia de la CSJN de 22 de noviembre de 1991. Fallos 314:1531.

convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa” (voto de los jueces Barra y Fayt).<sup>20</sup> Además, reconoció la existencia de un derecho a la autodeterminación, supeditando el bien jurídico o derecho a la salud individual al derecho fundamental a la autonomía individual con asiento en los artículos 14 y 19 de la Carta Magna. También sostuvo que dichas normas otorgan al individuo un ámbito de libertad “...en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...” agregándose por último que resulta especialmente importante evitar convertir al artículo 19 “...en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.” (Disidencias de los jueces Belluscio y Petracchi). Asimismo, se expresó que la norma en examen “...otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...”.<sup>21</sup> Dicho voto en disidencia sería retomado por la Corte en pleno en el fallo “*Albarracini*” dictado en 2012.

En el caso “*Ganora*”<sup>22</sup> de 1999 la Corte derivó el reconocimiento de la figura del hábeas data del artículo 19 de la Constitución al señalar que “El hábeas data establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, en este aspecto del análisis, protege la identidad personal y garantiza que el interesado -él y sólo él- tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes. Constituye, por tanto, una garantía frente a informes falsos o discriminatorios que pudieran contener y autoriza a obtener su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización... Se trata, pues, de una dimensión del derecho a la intimidad, en conexión de sentido con el artículo 19 de la Constitución Nacional; constituye la acción que garantiza el derecho que toda persona tiene “a decidir por sí misma en qué medida compartirá con los demás sus sentimientos, pensamiento

---

<sup>20</sup> Causa “*Bahamondez*” con sentencia de la CSJN de 6 de abril de 1993. Fallos 316:479.

<sup>21</sup> Causa “*Bahamondez*” voto de los ministros Belluscio y Petracchi, retomando argumentos de “*Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*” (306:1892).

<sup>22</sup> Causa “*Ganora, Mario F. y otra*” s/ hábeas corpus, con sentencia de la CSJN de 16 de septiembre de 1999, G. 529. XXXIII.

y los hechos de su vida personal" (caso "*Ponzetti de Balbín*", Fallos: 306:1892)."

### c. Tercer período: 2004-2015<sup>23</sup>

En el precedente "*ALITT*"<sup>24</sup> dictado en 2006, la Corte revirtió y superó el estándar que había sido concretado en el citado fallo "*CHA*" respecto del anterior rechazo al otorgamiento de personería jurídica a asociaciones de personas homosexuales. Entre los principales fundamentos se destacó que uno de los pilares del sistema constitucional argentino es el respeto a la dignidad y la libertad humana. Ello sustancialmente implica el respeto y la protección de valoraciones, creencias y estándares éticos de las minorías.

Nuevamente en torno del reconocimiento del derecho a la identidad, en el caso "*A. F.*" de 2007, la Corte Suprema estableció a partir del artículo 19 de la Carta Magna que "El derecho a la identidad se compone de una faz dinámica, y una recta interpretación constitucional debe contemplarla y ampararla."<sup>25</sup>

En "*Arriola y otros*"<sup>26</sup> fallo de 2009, la CSJN retomando los principios de "*Bazterrica*" (esencialmente los postulados del juez Petracchi en su voto concurrente con la mayoría) señaló que las acciones desarrolladas en el ámbito privado bajo protección del artículo 19 no deben ser castigadas en tanto no haya peligro o daños para terceros. Entendió también que el principio de reserva contenido en dicha norma implica que la intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, es decir la afectación a un bien jurídico ajeno, no es legítima. En dicho precedente el Máximo Tribunal nuevamente declaró inconstitucional la punición de la tenencia de drogas para consumo personal, dejando atrás lo sostenido por la mayoría en el fallo "*Montalvo*" de 1990.

En el caso "*Albarracini*"<sup>27</sup> de 2012, la Corte retoma al tenor de las opiniones minoritarias de "*Bahamondez*" (fundamentalmente el voto en

---

<sup>23</sup> La CSJN estuvo integrada en este período por los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi, Carmen María Argibay, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni. En 2014 fallecieron los jueces Petracchi y Argibay y a finales de ese año renunció el ministro Zaffaroni. Actualmente la Corte se compone legalmente de 5 miembros pero funciona en la práctica con 4 ministros, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

<sup>24</sup> Causa "*Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia*" fallado por la CSJN el 21 de noviembre de 2006. Fallos 329:5266.

<sup>25</sup> Voto de los ministros Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni en la causa "*A., F.*". Fallos: 312:371, con sentencia de 13 de marzo de 2007.

<sup>26</sup> Causa "*Arriola y otros*" con sentencia de la CSJN de 25 de agosto de 2009. Fallos 332:1963.

<sup>27</sup> Causa "*Albarracini Nieves, Jorge W.*" s/ medidas precautorias con sentencia de la CSJN de 1 de junio de 2012, A. 523. XLVIII.

disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi) y falla por unanimidad sosteniendo que la protección de los actos privados del artículo 19 "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan...". Se agrega además que "una conclusión contraria significaría convertir al artículo 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior". El posible límite se traza en el sentido que "la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés". Así, se confirmó el rechazo al pedido del progenitor de Jorge Albarracini para ser transfundido atento la declaración jurada preexistente que daba cuenta de su negativa por directiva anticipada (el sujeto se encontraba grave e inconsciente) en tanto profesaba el culto de los Testigos de Jehová, quienes rechazan las transfusiones sanguíneas sobre la base de la interpretación de los preceptos bíblicos que efectúan.

En autos "*F., A. L.*"<sup>28</sup> sentenciado en 2012, caso en el que se definieron los alcances y la aplicación efectiva de la norma que establece los casos de abortos no punibles, el Máximo Tribunal sostuvo que "...al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común -artículo 86. 2o, del Código Penal-, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (art. 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial." Asimismo entendió, que "...por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

---

<sup>28</sup> Causa "*F., A. L.*" s/ medida autosatisfactiva con sentencia de la CSJN de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI.

Por último, en el reciente Fallo “*D., M. A.*”<sup>29</sup> que analiza el derecho de toda persona a la muerte digna, fallado en julio de 2015 (el reconocido caso del paciente Marcelo Díaz) la Corte sostiene que “...la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional. En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799). En este orden, ha dejado claramente establecido que el artículo 19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 316:479; 324: 5). En la misma línea, ha recordado que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación (Fallos: 328:4343). Asimismo ha dicho que el artículo 19 “...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo [...]. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello”. En el presente caso la Corte valientemente establece por primera vez los alcances del derecho de toda persona a decidir sobre su muerte en condiciones de dignidad, ordenando garantizar que se respete la voluntad del paciente (expresada por sus familiares directos, en el caso, sus hermanas) para que se suspendan las medidas que desde hacía más de 20 años prolongaban artificialmente su vida sobre la base de la aplicación de la Ley de Derechos del Paciente y una vez más, bajo el necesario amparo del medular artículo 19 de la Constitución Nacional.

---

<sup>29</sup> Causa “*D., M. A.*” s/ declaración de incapacidad con sentencia de la CSJN de 7 de julio de 2015, CSJ 376/2013 (49-D) /CS1.

#### 4. Comentarios finales

El inicio del presente artículo no fue antojadizo. El fin de la dictadura militar y la renovación institucional, si bien parcial y aún pendiente en numerosos aspectos, puede observarse con notable claridad en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el más alto tribunal de la República Argentina. La primera Corte de la democracia integrada por cinco miembros y que abarca el primer período analizado -la segunda mitad de la década del ochenta- ha producido notables sentencias que aún hoy en día -tres décadas después- siguen siendo faros para una interpretación de las normas fundamentales con criterios liberales, progresistas y humanistas. Tanto así que en los últimos años se retoma el precedente "*Bazterrica*" en "*Arriola y otros*" y se profundizan los conceptos de "*Ponzetti de Balbín*", a título de meros ejemplos. Cada una de las citas aquí esbozadas de ese primer Tribunal fueron tomadas como doctrina aplicable años después en numerosos pronunciamientos. Superado el retroceso conservador de la Corte con la ampliación a nueve miembros en la década del noventa -no obstante pueden destacarse valiosos votos en disidencia, por ejemplo en "*Bahamondez*" y en "*CHA*" (ministro Petracchi, entre otros), en 2004 se da inicio a una nueva etapa en la conformación de la Corte, inicialmente con siete miembros, luego con cinco (actualmente, en forma transitoria con cuatro) en donde se retoman los criterios que dan sustento a un artículo 19 bien amplio, abarcativo y comprensivo del derecho a la privacidad en su mejor interpretación. Son notables ejemplos de ello los precedentes "*ALITT*", superador de "*CHA*", "*Arriola y otros*" que revierte el precedente "*Montalvo*" regresando al esencial voto concurrente de Petracchi en "*Bazterrica*"-generándose un progreso del que aún no dio cuenta en su totalidad el poder político en materia de tenencia para consumo personal de drogas-, "*Albarracini*" que retoma las disidencias de carácter laico y fuertemente liberal de "*Bahamondez*" y los novedosos "*F. A. L.*" y "*D., M. A.*" en los cuales la Corte avanza como quizás nunca antes en dos temáticas sensibles y con fuerte resistencia religiosa y conservadora, como son la figura del aborto no punible del Código Penal y el derecho de toda persona a la muerte digna, aún, como en el caso, con la expresión del que fuera su consentimiento por medio de la declaración de sus familiares cercanos. Cada uno de estos vitales pronunciamientos no han hecho más que remarcar la enorme importancia de una Corte comprometida con el reconocimiento del derecho a la privacidad en su máxima expresión, por un lado, y por otro, el primordial y destacadísimo papel que cumple el artículo 19 de la Constitución Nacional en el ordenamiento jurídico argentino.

## IV. ARGENTINA: NUEVOS DESAFÍOS HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN SALUDABLE

Norberto C. Darcy\*

La federación *Consumers International* (CI), que reúne a más de 250 grupos y organizaciones no gubernamentales (ONG) dedicadas a la defensa de los consumidores distribuidas en 120 países, lanzó a comienzos de 2015 una campaña mundial bajo el lema “El derecho de los consumidores a una alimentación saludable”. La iniciativa pone el foco en un problema cada vez más grave y acuciante: la mala alimentación y sus consecuencias dañosas para la salud de la población mundial. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebró un [convenio de colaboración](#) con “Acción del Consumidor” (ADELCO), asociación civil pionera en la defensa de consumidores (miembro además de CI) para desarrollar el programa “Derecho a la alimentación saludable” que consiste en la realización de talleres de capacitación en villas y barrios carenciados de la Ciudad, dirigidos principalmente a las madres, para darles a herramientas de planificación del presupuesto familiar, conocer los valores nutricionales de los alimentos, instruir sobre cómo leer las etiquetas de los productos y modificar hábitos alimentarios para obtener una mejor calidad de vida, entre otras cuestiones.

En 2004, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya había alertado sobre esta preocupante situación al adoptar la “[Estrategia Global sobre Dieta, Actividad Física y Salud](#)”, en donde se reconoce que tanto las mejoras de las dietas alimentarias como la promoción de la actividad física representan una oportunidad única para elaborar y aplicar una estrategia eficaz que reduzca sustancialmente la mortalidad y la carga de morbilidad mundiales, habida cuenta que una dieta saludable y el desarrollo de actividad física, suficiente y regular, son los principales factores para mantener una buena salud durante toda la vida.

La OMS destaca que las dietas malsanas y la inactividad física son dos de los principales factores de riesgo que aumentan las posibilidades de padecer hipertensión, hiperglucemia, hiperlipidemia, sobrepeso y

---

\* Abogado y Procurador. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá (España). Subsecretario de derechos políticos y ciudadanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

obesidad y, a su vez, son las principales causas de enfermedades crónicas, como las cardiovasculares, el cáncer o la diabetes. No obstante lo cual, tanto las dietas poco saludables como la falta de actividad física son conductas que pueden ser modificadas.

Asimismo, la [OMS señala que](#):

- En general, se registran cerca de 2,7 millones de muertes anuales atribuibles a una ingesta insuficiente de frutas y verduras;
- Alrededor de 1,9 millones de muertes anuales son atribuibles a la inactividad física.
- La obesidad ha alcanzado el nivel de epidemia a escala mundial. Existen aproximadamente mil 600 millones de adultos y, al menos, 20 millones de niños menores de 5 años con sobrepeso.
- En el siglo XXI, la obesidad infantil es uno de los retos de salud pública más graves a nivel mundial. Más del 75% de los niños afectados vive en países de bajos y medianos ingresos.
- Las enfermedades crónicas, como las cardíacas, el cáncer y la diabetes son, por mucho, la principal causa de muerte en el mundo, causando el 60% de las muertes totales.

Sin embargo, CI señala que a más de diez años del lanzamiento de dicha Estrategia Global “ningún país ha tenido éxito en revertir de manera significativa el alza de la obesidad o la diabetes” mientras que “las enfermedades cardiovasculares aumentan con rapidez en muchos países de ingresos bajos a medianos”. Las dietas poco saludables ya superaron al tabaco como causa mundial de enfermedades no transmisibles prevenibles (ENT) y las muertes globales atribuibles a la obesidad y al sobrepeso han aumentado de 2,6 millones en 2005 a 3,4 millones en 2010.

En este cuadro de situación, la campaña de CI consiste en:

- a) por un lado, la elaboración de informes y materiales para que las organizaciones miembros de CI desarrollen acciones de concientización ciudadana y, además, demanden ante las autoridades nacionales la adopción de políticas públicas y de medidas dirigidas, principalmente, [a la reducción del consumo de sal](#) y de azúcar, etiquetado nutricional y alimentación saludable en las escuelas<sup>1</sup>;
- b) por otro lado, a escala internacional, se proponen [una serie de recomendaciones para una “Convención Global para la promoción y protección de dietas saludables”](#). Dichas

---

<sup>1</sup> Entre otros materiales, ver el [Manual para el monitoreo de la promoción de alimentos dirigidas a los niños](#), una guía práctica diseñada para apoyar a los gobiernos y a la sociedad civil en el monitoreo del grado y naturaleza de las promociones de alimentos.

recomendaciones reflejan el consenso internacional entre los países, los especialistas en salud pública y las ONG acerca de la necesidad de crear un paquete de instrumentos normativos (vinculantes para los gobiernos) para proteger y promover la alimentación saludable (emulando la exitosa experiencia del Convenio Marco para el Control del Tabaco) y para introducir medidas que ayuden a los consumidores a tomar decisiones más saludables, comer más sano y mejorar la seguridad nutricional para todos.

En el prefacio del documento, CI señala que las recomendaciones para una convención global son un primer borrador “no concebido como un producto definitivo sino como un catalizador del debate internacional y en aras de la creación de un robusto proceso que culmine en un acuerdo firme y eficaz”. En su parte sustancial, se desarrollan un conjunto de medidas (contenidas en los arts. 7 a 14) que incluyen:

- Educación, capacitación, comunicaciones y conciencia pública: campañas de sensibilización y de comunicación social (elaboradas por expertos y libres de intereses comerciales), programas de educación primaria y secundaria que propicien el conocimiento sobre alimentación y nutrición, etc.
- Entrega de información nutricional: como una forma de concretizar el derecho de los consumidores a estar debidamente informados sobre valores nutricionales, valores calóricos, etiquetado de alimentos elaborados, envases, etc., que les permita luego tomar mejores decisiones.
- Garantías sobre el control de la publicidad, promociones y auspicios de los alimentos y bebidas, mediante limitaciones y restricciones razonables de las diversas modalidades publicitarias, conforme la legislación de cada país.
- Control de la publicidad, las promociones y los auspicios dirigidos a los niños: para protegerlos de la exposición e influencia de las promociones de alimentos y bebidas poco saludables (comidas “chatarras”, bebidas alcohólicas, etc.)
- Mejoras de la calidad nutricional de los alimentos, propiciando la reducción (gradual) de los niveles de nutrientes potencialmente dañinos (sal, grasas saturadas, azúcares, etc.)
- Normas nutricionales sobre servicios de alimentos en las escuelas, hospitales e instituciones públicas: fomentando medidas tales como el deber de informar el contenido nutricional de los alimentos que se venden o despachan en esos establecimientos (comedores, kioscos, máquinas expendedoras, etc.); entrega de

agua potable y segura; compra y puesta en servicio de instancias que promuevan el consumo de alimentos más saludables y limiten el consumo de aquellos pocos saludables

- Intervenciones para influir sobre los patrones de consumo, mediante el uso de herramientas fiscales y/o impositivas.

Ahora bien, la idea de avanzar hacia una convención global sobre alimentación saludable implica una iniciativa, por demás interesante, que se desprende del derecho a una alimentación adecuada y su inescindible conexión con el derecho a la salud integral, ambos expresamente consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por caso, reconoce en su artículo 11 “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí mismo y su familia, incluida alimentación, vestido y vivienda adecuadas, y una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”, exigiendo a los Estados Partes que, sobre la base de reconocer el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, tomen medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, entre las cuales se enumera la de “a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición (...)”

Seguidamente, el artículo 12 del PIDESC reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; y entre las medidas que los Estados Partes deberán asegurar para la plena efectividad de este derecho, se mencionan “a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; (...) c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

El Comité DESC ha interpretado y desarrollado el contenido del derecho a una alimentación adecuada, mediante la Observación General Núm. 12 (OG 12)<sup>2</sup>, señalando, en primer lugar, su carácter de derecho humano básico al afirmar que está inseparablemente vinculado a la dignidad humana y requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.

---

<sup>2</sup> Observación General Núm.12, *El derecho a una alimentación adecuada* (art. 11), U.N. Doc. E/C.12/1999/5.

Asimismo el Comité considera que el contenido mínimo del derecho a la alimentación adecuada comprende tanto la *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficiente para satisfacer *las necesidades alimentarias* de los individuos, sin sustancias nocivas, como el hecho de que esos alimentos sean aceptables para una cultura determinada. Al mismo tiempo, incluye la *accesibilidad* (física y económica) a los alimentos de modo que sean *sostenibles* (esto es, disponibles y accesibles a largo plazo, tanto para las generaciones presentes como futuras) y que no dificulten el disfrute de otros derechos humanos.

Al precisar qué debe entenderse por necesidades alimentarias el Comité señala “que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Por consiguiente, será preciso adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna, al tiempo que se garantiza que los cambios en la disponibilidad y acceso a los alimentos mínimos no afectan negativamente a la composición y la ingesta de alimentos”. De dicha interpretación se deduce, implícitamente, la necesidad de asegurar una alimentación saludable.

No se debe perder de vista, por otro lado, que las medidas que propone CI dirigidas a promover la alimentación saludable en las escuelas, encuentran anclaje en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...” debiendo los Estados asegurar la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptar medidas apropiadas para, entre otras cosas: “ c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; ... e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos”

En suma, mientras el derecho a la alimentación adecuada consiste, básicamente, en asegurar el acceso y disponibilidad de alimentos para todos, obligando a los estados a desarrollar medidas para

(progresivamente) erradicar el hambre y la desnutrición, la eventual aprobación de una convención sobre alimentación saludable viene a ensanchar el alcance y contenido de ese derecho, pues apunta a obligar a los Estados a adoptar medidas de educación para el consumo, información y toma de conciencia sobre las consecuencias que la mala alimentación produce en la salud de las personas, la necesidad de prevenir y disminuir las enfermedades no trasmisibles (ENT) originadas por la mala alimentación, la protección especial de los niños/as, y la adopción de políticas públicas que promueven cambios de hábitos alimentarios así como de medidas eficaces (legales o reglamentarias) para controlar la publicidad en el mercado de alimentos.

Por último, más allá del tiempo que requiera el tratamiento y la eventual aprobación (o no) de una convención sobre alimentación saludable, entendemos que problemática actual en torno a la mala alimentación y sus consecuencias para la salud de las personas, debe ser incorporada a la (ya nutrida y exigente) agenda de trabajo de las Defensorías del Pueblo.

Por sus singulares características, las Defensorías del Pueblo son instituciones aptas para desplegar diversas acciones que contribuyan a instalar el debate y a influir en la confección de las políticas públicas destinadas a garantizar la alimentación saludable. Así, entre otras cosas, las Defensorías del Pueblo pueden: *a)* celebrar acuerdos de colaboración y cooperación con asociaciones de la sociedad civil (dedicadas a la defensa de los consumidores) como el señalado al inicio de este artículo o con instituciones académicas y/o científicas (públicas o privadas) para difundir información veraz y adecuada sobre distintos aspectos de la alimentación saludable o desarrollar actividades concretas; *b)* organizar campañas de sensibilización, jornadas de debate, talleres de trabajo, coloquios de expertos, etc. sobre tal problemática; *c)* impulsar o proponer medidas normativas (sobre todo aquellas defensorías que cuentan con facultades de iniciativa parlamentaria); *d)* elaborar informes generales dirigidos a los parlamentos o recomendaciones puntuales a los organismos de la administración para la adopción de políticas públicas; y *e)* efectuar verificaciones de control y/o monitoreo en las escuelas respecto de las dietas que se sirven en los comedores o los alimentos que se ofrecen a los alumnos.

## V. COLOMBIA: LA ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO. SENTENCIA C-071 DE FEBRERO 18 DE 2015

Miguel Ángel Mateus Fuentes

En Colombia, desde hace algún tiempo, se ha desatado la discusión en torno a determinar si es posible legalmente, que una pareja conformada por personas del mismo sexo realice una adopción conjunta y si este tipo de parejas puede contraer matrimonio o conformar una unión marital de hecho.

Estos dos temas están íntimamente ligados, toda vez que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, norma que establece cuales personas de manera conjunta pueden adoptar en Colombia, en sus numerales 2 y 3 refieren que pueden adoptar de manera conjunta los cónyuges y los compañeros permanentes.

Cabe precisar que según el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, son compañeros permanentes el hombre y la mujer que conformen una unión marital de hecho.

De acuerdo con las normas referidas, en Colombia, tanto el matrimonio como la unión marital de hecho y la adopción conjunta, solo pueden verificarse entre un hombre y una mujer, es decir que no se predica la existencia de estas figuras entre personas con orientación sexual homosexual.

Como es de esperarse, al respecto existen posiciones a favor y en contra de permitir el matrimonio, la unión marital y la adopción entre parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Una de ellas es la sentada por la Corte Constitucional, Corporación que además de ser el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, cumple la función de ser el guardián de la integridad y la supremacía de la Constitución (Constitución Política, art. 241).

Dicha institución en la sentencia C-071 de 18 de febrero de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, determinó que en Colombia no es posible realizar la adopción conjunta por parejas conformadas por personas del mismo sexo, al considerar que esta figura está concebida y diseñada para suplir relaciones de paternidad y maternidad y por ende solo pueden acudir a ella las parejas conformadas por un hombre y una mujer.

Consideró además la citada Corporación en el mencionado fallo que: “es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción, estableciendo quienes pueden ser adoptantes”. Debe entenderse que esto es así, en desarrollo del mandato constitucional, según el cual le corresponde al Congreso hacer las leyes (Constitución Política, art. 150).

Además, determinó que era constitucional la afirmación según la cual las uniones maritales de hecho solo pueden ser conformadas por un hombre y una mujer, es decir que el concepto de compañero permanente solo es aplicable a parejas conformadas por personas con orientación sexual heterosexual.

Teniendo en cuenta la anterior reseña y respecto a la citada decisión, esto es la plasmada en la sentencia C-071 de 18 de febrero de 2015 proferida por la Corte Constitucional, estimo prudente hacer algunas consideraciones, tendientes a sentar una posición diferente a la asumida por esa Corporación, por considerar que la misma implica un retroceso en la protección de derechos fundamentales a personas con orientación sexual homosexual y también sobre los derechos de los niños.

Para ello, es necesario hacer una remisión expresa al texto del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, norma que en su primer inciso consagra a la familia “como núcleo fundamental de la sociedad”. A continuación establece que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Así mismo cabe precisar, que la H. Corte Constitucional ha definido a esta institución “como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que fundan su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destina que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”<sup>1</sup>.

En desarrollo de estos preceptos y de un análisis literal del citado artículo 42, la jurisprudencia constitucional colombiana inicialmente consideró que la única familia que era sujeto de protección constitucional era la monogámica y heterosexual<sup>2</sup>. Sin embargo, luego de estudiar diversas demandas en las que se presentaron argumentos en pro de la posibilidad de brindar protección constitucional a otros tipos de familia, se varió el concepto y se empezó a hacer mención y por tanto a aceptar la existencia de otros tipos de familia, para lo cual la Corte Constitucional hizo una interpretación menos literal y más flexible del artículo 42 referido, atendiendo para ello la existencia de cambios en las circunstancias sociales y en las percepciones de la colectividad.

---

<sup>1</sup> Sentencias C-659 de 1997 y C-577 de 2011.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

De esta forma, en la sentencia C-577 de 26 de julio de 2011, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, al revisarse si dentro de los tipos de familia existentes se encuentra presente el requisito de la heterosexualidad, se consideró que no es así, pues existen familias conformadas por madres solteras y sus hijos, los cuales incluso pueden ser concebidos mediante la asistencia científica, o aquellas conformadas por los abuelos y sus nietos o las conformadas por tíos y sus sobrinos o las formadas entre una persona y el hijo o hija que han sido adoptados.

En consecuencia, en dicha providencia se concluyó que la heterosexualidad no es una característica que sea predicable de todo tipo de familia y por ende las uniones conformadas por personas con orientación sexual homosexual pueden conformar una familia, pues en ellas se evidencia la tenencia común de un proyecto de vida, la vocación de permanencia, la asistencia recíproca y la solidaridad entre sus miembros.

De acuerdo con lo precisado, puede concluirse que no obstante en oportunidades anteriores la jurisprudencia de la Corte Constitucional había reconocidos derechos (como los patrimoniales) a las parejas conformadas por personas con orientación sexual homosexual, en la sentencia C-071 de 18 de febrero de 2015, en una decisión discriminatoria y que va en contra del precedente de esa misma Corporación, se negó la posibilidad que una pareja conformada por personas del mismo sexo pueda conformar una unión marital de hecho y que además puedan adoptar en forma conjunta.

Con esta decisión, se pretermite a estas personas la posibilidad de conformar una familia y que además reciban la protección constitucional que el Estado debe suministrar a esta comunidad de personas.

En efecto, esta decisión no solo atenta contra los derechos patrimoniales de quienes teniendo orientación sexual homosexual conforman una unión (pareja), los que son otorgados por la ley a los compañeros permanentes, y que habían sido reconocidos en la sentencia C-075 de 2007, sino que además va en contra de la protección especial que da la constitución a los niños, niñas y adolescentes (art. 44 C. P.), específicamente en lo atinente en su derecho a tener una familia.

Lo anterior se ve reflejado en que dicha decisión, necesariamente conduce a que no sea posible que una pareja conformada por personas con orientación sexual homosexual, realicen una adopción conjunta y de esta forma brinden a un menor, la posibilidad de tener una familia y por ende a tener un nombre.

Aquí es necesario decir, que además de lo anteriormente citado, la decisión referida es contradictoria, pues en otras sentencias de la misma Corporación se ha avalado la posibilidad que una persona soltera que tiene orientación sexual homosexual pueda adoptar a un menor de edad o

incluso que el padre biológico que tiene una relación con una pareja del mismo sexo pueda adoptar.<sup>3</sup>

En conclusión, puede decirse que la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-071 de 18 de febrero de 2015 es regresiva, pues vuelve a realizar interpretaciones literales y no extensivas de las normas analizadas, situación que había sido superada en sentencias como la C-075 de 2007.

Sin embargo queda abierta la discusión sobre estos dos temas, la cual deberá surtirse en el seno del Congreso de la República, institución a quien le corresponde definir por vía legal (Constitución Política, art. 150), si quedamos anclados en el pasado o si por el contrario asumimos la realidad de nuestra sociedad y reconocemos los derechos constitucionales a las personas con orientación sexual homosexual y protegemos íntegramente el derecho fundamental que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

---

<sup>3</sup> Sentencia T-276 de 2012.

## VI. COLOMBIA: EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

Cellia María Vásquez Garay

### Introducción

En un país como Colombia, que actualmente se debate entre la terminación o continuación de un conflicto armado interno de más de 60 años, donde a diario los noticieros reportan muertes por crímenes pasionales, desnutrición infantil, deficiencias en el sistema de salud, y por la acción de grupos armados legales e ilegales, parece paradójico que la muerte sea un derecho por el cual algunos luchan. ¿No es acaso la vida, como presupuesto necesario de los demás derechos, la que debe ser defendida en un Estado social de Derecho? ¿No es acaso un derecho inviolable?

No en vano ha causado tanta polémica entre distintos sectores el hecho de que el 3 de julio de 2015 se haya practicado “la primera eutanasia legal” en el país a Ovidio González, un hombre de 79 años de edad con un cáncer terminal que le había comprometido parte del rostro y otras funciones vitales<sup>1</sup>. Llama aún más la atención que, para ello, haya sido necesario esperar 18 años luego de que la Corte Constitucional emitiera la Sentencia C-239 de 1997, en la cual reconoce el “derecho a morir dignamente”.

### 1. El derecho a la vida en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 11 que “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Su preponderancia resulta indudable, ya que es la condición indispensable para que existan y puedan ser gozados los demás derechos. Es así que la vida se convierte en un deber que obliga tanto al Estado (art.2) y a los particulares (art. 95.2) como a los propios titulares del derecho, quienes han de “procurar el cuidado integral de su salud” (art. 49.5).

A primera vista, el contenido esencial del derecho implica que a ninguna persona se le puede arrebatar la existencia. Sin embargo, la Corte constitucional ha sido reiterativa frente a la interpretación amplia del

---

<sup>1</sup> EL HERALDO, Primera eutanasia legal en Colombia, 4 de julio de 2015.

derecho a la vida, particularmente dada su intrínseca relación con un principio fundante del ordenamiento político y jurídico: la dignidad humana. Así, la vida pasa a ser más que una condición biológica o un valor abstracto; es el alcance del mayor nivel de bienestar integral posible y, consecuentemente, de un estado “lo más lejano posible al sufrimiento” de modo que la persona “pueda desempeñarse en sociedad como un individuo normal con una óptima calidad de vida”<sup>2</sup>. De lo anterior, se desprende que el dolor y el sufrimiento son contrarios al derecho a la vida, puesto que impiden el desarrollo pleno del individuo. Pero, ¿hasta qué punto es posible amparar la interrupción voluntaria de la existencia material?

## 2. El derecho a morir dignamente

Ningún derecho es absoluto. Por tanto, el derecho a la vida también tiene sus límites, particularmente en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Cuando una persona se encuentra en estado terminal a causa de una enfermedad incurable y está padeciendo intenso dolor, se ven alterados los dos derechos anteriores. En pocas palabras, ya no está en condición de gozar plenamente del derecho consagrado en el artículo 11 de la Carta Política. Ante tales situaciones, establece el alto tribunal que “no puede afirmarse el deber absoluto de vivir”. Por el contrario, se debilita el deber estatal de proteger y garantizar la existencia material, dado que:

“[...] la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. (...) Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana”.<sup>3</sup>

Concluye la Corte que “el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente”, pues obligar a una persona a soportar circunstancias dolorosas e irreversibles implicaría volverla un instrumento en función de la vida como valor abstracto, al igual que someterla a un trato cruel, inhumano y degradante; conducta a todas luces inconstitucional que vulnera el artículo 12 de la Carta. De este modo, la muerte digna adquirió el estatus de derecho fundamental y autónomo<sup>4</sup>.

No obstante, en concordancia con el deber estatal de proteger la vida humana y evitar que se eliminen personas que no sufren a raíz de una

---

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia *T-489* de 11 de septiembre de 1998.

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia *C-239* de 20 de mayo de 1997.

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia *T-970* de 15 de diciembre de 2014.

enfermedad terminal o que no desean una muerte asistida, la sentencia de constitucionalidad C-239 de 1997 finaliza con una exhortación al Congreso “para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”. Para ello brinda algunas pautas fundamentales, entre ellas la importancia de la verificación rigurosa por parte del personal médico del padecimiento y estado terminal del paciente; las circunstancias en las cuales se debe emitir el consentimiento libre e informado de quien desea que se le aplique la eutanasia; el procedimiento técnico; y la exoneración de responsabilidad penal del profesional que ejecute el procedimiento, al tratarse de un homicidio por piedad que responde a sentimientos altruistas y de solidaridad.

### 3. Dilemas y dificultades legislativas

Pese a las indicaciones brindadas por la Corte Constitucional para la regulación de la eutanasia, hoy, 18 años después de la sentencia C-239 de 1997, Colombia aún no cuenta con una legislación al respecto. En el Congreso de la República se han presentado cinco proyectos de ley, sin que alguno haya prosperado: [PL 155 de 2004](#); [PL 05 de 2007](#); [PL 44 de 2008](#); [PL 70 de 2012](#); y [PL 117 de 2014](#). Dicha falta de regulación ha afectado la garantía efectiva del derecho a morir dignamente, puesto que ante la incertidumbre normativa, el personal de salud sigue con temor de ser juzgado penalmente si practica la eutanasia.

Se trata de un tema que no puede ser abordado a la ligera, requiriendo un desarrollo cuidadoso de modo que no se vulnere alguno de los múltiples derechos fundamentales involucrados, a saber la vida, la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Por esta razón, constituye un reto tanto en el ámbito legislativo como jurídico. Y si bien el derecho comparado<sup>5</sup> da cuenta de la existencia de diversas formas de proceder ante las enfermedades terminales y el sufrimiento<sup>6</sup>, la amplia variedad de opciones y términos también contribuye a generar confusión entre las partes implicadas (pacientes, médicos, familias, jueces, congresistas, opinión pública).

No obstante lo anterior, la principal diferencia entre quienes rechazan y favorecen el derecho a morir dignamente tiene que ver con su concepción frente a la vida misma. En el caso de los primeros, la vida es concebida como un elemento sagrado según convicciones morales y

---

<sup>5</sup> Las principales legislaciones tomadas en cuenta han sido las de Holanda, Bélgica y algunos estados de los Estados Unidos de América.

<sup>6</sup> La sentencia *T-970-14* hace un recorrido por distintos tipos de prácticas como la distanasia, la ortotanasia y la eutanasia.

religiosas. Para los segundos, si bien la vida es un valor fundamental, no es absoluto. A esto se suma el carácter laico del Estado colombiano, dentro del cual resulta contrario imponer a los demás una visión que resulta ser una opción entre muchas; de las cuales todas merecen respeto. Por esta razón, argumenta la Corte que

De nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles<sup>7</sup>.

El debate constitucional se volvió a abrir en razón de una acción de tutela presentada contra una Entidad Prestadora de Salud por negarse a practicarle la eutanasia a una paciente en estado terminal. En la sentencia T-970 de 2014, la Corte cuestiona hasta qué punto la garantía de un derecho fundamental depende exclusivamente de la existencia de una legislación. Por este motivo, además de exhortar nuevamente al Congreso para que regule la materia, se le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social emitir una directriz para la conformación de comités interdisciplinarios en los prestadores del servicio de salud para garantizar el derecho a morir dignamente, conforme a los principios dictados en la sentencia y previendo evitar malos manejos del mismo; esto partiendo de que la Constitución tiene “efectos normativos directos”.

De esta manera, el 20 de abril de 2015 se expidió la Resolución 1216/2015. Gracias a ésta fue que Ovidio González pudo exigir su derecho a morir dignamente, aunque el procedimiento se retrasó, pues a última hora fue cancelado por el comité para finalmente aprobarlo, una semana después. A raíz del contratiempo el caso salió a la luz pública, siendo lo más novedoso el que por primera vez la eutanasia tuviera lugar dentro del sistema de salud, ya que como práctica se venía realizando de [forma privada](#).

Las objeciones no se hicieron esperar. [La diócesis católica de Pereira](#) tildó el acto como un “homicidio”, siendo “moralmente inaceptable”. Asimismo el Ministerio Público, encabezado por el Procurador General de la Nación, [ha manifestado su oposición desde la expedición de la sentencia T-970-14 de la Corte Constitucional, al solicitar su nulidad ante la Sala Plena de dicha Corporación](#), argumentando que ésta obliga a invadir la competencia del Congreso y viola el derecho de defensa tanto del Ministerio de Salud como del Órgano Legislativo. De hecho, [también demandó ante el Consejo de Estado la Resolución 1216 de](#)

---

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-239 de 20 de mayo de 1997.

[2015 por considerarla inconstitucional](#); esto en razón de que según los artículos 152 y 153 superiores, sólo se pueden regular los derechos fundamentales mediante leyes estatutarias por parte del Congreso. Adicionalmente, y [apoyándose en un pronunciamiento del Sumo Pontífice en días previos, arguye que:](#)

Lo que se reclama no es que se le dé al paciente algo que es suyo, sino por el contrario de quitarle algo que es suyo y que le es debido en virtud de su naturaleza y de su condición de personas: la vida. Así matar no puede ser el contenido de un auténtico deber jurídico porque implica el quitarle a alguien lo que es su derecho y constituye una injusticia.

Si bien los argumentos del Procurador frente a la intervención del Ministerio de Salud encuentran cierto respaldo en el principio de legalidad y reserva de ley, hay otro temor que sobreviene con los avances en materia de la eutanasia. Teniendo en cuenta las deficiencias que presenta el sistema de salud en el país, algunos consideran que la despenalización de la eutanasia podría [“abrir una puerta para que los sistemas de salud se rindan ante los altísimos costos de las enfermedades complejas”](#) o que sea una excusa para que los familiares de pacientes terminales se libren de la responsabilidad de velar por quienes consideran [“que es una carga, que su vida no vale y que lo mejor sería estar muerto”](#).

### Consideraciones finales

Del panorama expuesto, queda claro que el derecho a morir dignamente sigue siendo controversial y, aunque no se haya expedido aún una ley estatutaria que regule la materia, se están dando avances y el tema se ha posicionado en el debate público. En menos de un mes, luego de la eutanasia practicada a Ovidio González, se radicó en el Congreso un nuevo proyecto de ley (PL 30/2015), que tal vez tenga un desenlace más favorable, dada la atención mediática que suscitó el caso.

De otra parte, preocupa tanto la escasa atención que ha recibido este tipo de derechos en el país, como la postura moralista que viene asumiendo el Ministerio Público, contraria al espíritu de un Estado laico y pluralista. Esto no significa que no sea fundamental proteger el contenido esencial del derecho a la vida, sino que en consonancia con la Corte Constitucional, éste *“no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”*<sup>8</sup>. Sin embargo, esta concepción que reduce la vida a una simple función vital o valor moral, explica el hecho de que un “homicidio pietístico” genere indignación entre

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

determinados sectores, mientras otros derechos que se dicen protegidos se estén vulnerando a la luz pública sin que merezcan el mismo rechazo.

En este orden de ideas, es posible concluir citando la ironía planteada por *Matador*, el renombrado caricaturista e hijo de Ovidio González, de que “en un país donde a uno lo matan por un celular, por ser hincha de un equipo de futbol o por un falso positivo, uno pida una muerte digna y se la nieguen”.

## VII. ESPAÑA: ACCESO A LA RENTA GARANTIZADA DE CIUDADANÍA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 232/2014, DE 17 DE OCTUBRE DE 2014, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN EN BURGOS, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 1ª

Baltasar Tomás Carrasco\*

### Introducción

En las distintas Comunidades Autónomas de España y en sus Ciudades de Ceuta y Melilla, existe un mosaico heterogéneo de prestaciones que podríamos denominar de un modo genérico rentas mínimas de inserción, en el marco de los sistemas de protección social que se han venido impulsando desde la Unión Europea, cuya Carta de Derechos Fundamentales de 2000<sup>1</sup>, en su artículo 34.3, establecía que “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Con todo, no suele ser frecuente el recurso a la vía judicial, frente a las resoluciones desfavorables de las administraciones que gestionan dichas prestaciones, por no resolverse los asuntos con la suficiente rapidez, y, en fin, por la carga que supone en todo caso para el ciudadano acudir a instancias judiciales. No obstante, los pronunciamientos judiciales sobre las resoluciones que las administraciones adoptan en los expedientes surgidos de las solicitudes de las rentas mínimas de inserción

---

\* Doctor en Derecho, Asesor Jurídico del Procurador del Común de Castilla y León.

<sup>1</sup> La última versión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, por la que se adapta y sustituye la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, está publicada en el DOUE, núm. 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 391-412.

y en los expedientes de revisión, suspensión y extinción de las prestaciones concedidas, podrían aportar una garantía frente a las prácticas de las administraciones que, amparadas en la aplicación más estricta de la normativa vigente, pueden llevar a que los ciudadanos que no disponen de ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, a la privación de una prestación que debería configurarse como un auténtico derecho subjetivo<sup>2</sup>.

Las Defensorías de Derechos, a través de las quejas de las que conoce con relación a supuestos concretos, es un testigo privilegiado de esa práctica administrativa que, en algunos casos, dista del fin al que están llamadas dichas prestaciones, y de los principios por los que se rigen, como el de equidad, universalidad, solidaridad, responsabilidad pública, atención individualizada, etc. Por ello, nos parece interesante resaltar el fallo favorable, en este caso para una beneficiaria de la Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León, contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2014.

### 1. Resolución judicial que garantiza el derecho a la prestación

Los antecedentes de hecho de la Sentencia se refieren a una resolución de revisión de oficio de la renta garantizada de ciudadanía que se había reconocido a una ciudadana con una hijo menor a cargo, que supuso la extinción de dicha prestación al considerar la Administración que la interesada conformaba una unidad familiar con su hijo, y también con su padre, ya que éste le había proporcionado alojamiento a su hijo, titular de la prestación, y a su nieta, y disponía de unos ingresos anuales de 9.124, cantidad por encima de los 6.438 euros anuales a los que ascendía la Renta Garantizada de Ciudadanía que se encontraba vigente.

Si nos fijamos en la duración del todo el proceso, desde que se extingue la prestación en virtud de Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Soria de fecha 28 de diciembre de 2012, hasta que se dicta la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 17 de octubre de 2014, podemos advertir que han transcurrido casi dos años. A ello habría que añadir que, lo más seguro es que, en el momento en el que se inició el procedimiento de revisión de oficio en el

---

<sup>2</sup> Se reconoce el carácter de derecho subjetivo a las prestaciones en el art. 1 de la Ley 9/2014, de 1 de octubre, por la que se regula la Renta Básica Extremeña de Inserción; el art. 6.2 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia; e, incluso, fuera del articulado, en el Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León.

que se dictó la Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Soria, se acordara igualmente, como medida cautelar, el inmediato cese del abono de la prestación reconocida, en tanto se resolvía definitivamente sobre la extinción, conforme a lo establecido en el artículo 28.2 de la ya derogada Ley 7/2010, de 30 de agosto, de Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León<sup>3</sup>. Por lo tanto, durante el tiempo que duró la tramitación del expediente de revisión de oficio, con el oportuno trámite de audiencia a la titular de la prestación previo a la propuesta de extinción de la misma, vista de las posibles alegaciones presentadas, propuesta de extinción y resolución de extinción, la interesada ya no habría contado con el importe de la Renta Garantizada de Ciudadanía que se le había reconocido. A estos efectos, debemos tener en cuenta que este tipo de prestaciones constituye la última red de protección social a la que pueden acudir un gran número ciudadanos, en el contexto económico y social que se ha producido en los últimos años, y que trata dar cobertura a las necesidades básicas existentes, cuya satisfacción, o se produce en el momento, o no habrá satisfacción posible.

En cualquier caso, sí que cabe resaltar de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que, a pesar de que se consideran acreditados unos ingresos del padre de la titular de la renta garantizada de ciudadanía superiores al importe de la prestación, por lo que no se cumpliría el requisito de acceso relativo a la carencia de medios económicos y patrimoniales suficientes para atender a las necesidades básicas conforme a lo previsto en el artículo 10. c) de la Ley 7/2010, de 30 de agosto (actual art. 10. c) del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León), añade que la Gerencia Territorial de Servicios Sociales no llevó a cabo ninguna comprobación de que la unidad familiar tuviera ingresos suficientes con esos percibidos por el padre de la titular, para atender a su hija, su nieta y a él mismo, aunque esos ingresos fueran superiores a la cuantía de la renta garantizada de ciudadanía. De este modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, apoyando en este punto el razonamiento de la Sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo recurrida, parte de que no quedó probado que la titular de la prestación no careciera de medios económicos suficientes para atender sus necesidades básicas de subsistencia, y ello a pesar de que su padre contribuyera a sus gastos de

---

<sup>3</sup> Esta Ley fue derogada por la Disposición derogatoria única del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León.

alojamiento y manutención con los ingresos de su actividad agrícola, como así reconoció éste. Si nos quedamos en esta consideración, podríamos decir que se impone a la Administración una carga de acreditar, no sólo la existencia de unos recursos que podrían repercutir en la atención de las necesidades básicas del titular de la prestación, sino, también, que esos recursos efectivamente son suficientes para la atención de dichas necesidades en consideración a las condiciones y necesidades particulares de cada uno de los destinatarios de la prestación.

Además de ello, la Sentencia señalada apoya sus razonamientos en que: “sin ignorar en un principio que D<sup>a</sup> (...), su hijo menor y el padre de aquella D. (...) integran de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Ley 7/2010, una unidad familiar, también es verdad que si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 8.2 de esa misma Ley, nada impide que D<sup>a</sup> (...) y su hijo menor, pese a convivir con su padre (...) en el mismo domicilio, puedan ser conceptuados a estos efectos del reconocimiento de una prestación diferenciada como “una unidad familiar independiente”, toda vez que en ellos concurren, como así se ha acreditado de forma plena y es conocido por la Administración, los dos supuestos reseñados en los apartados a) y b) del art. 8.2 citado, por cuanto que estamos ante una persona con un descendiente menor de edad, y porque además estamos ante una unidad en que la madre del menor no mantiene ningún tipo de convivencia desde 2007 con el padre del menor que se ha desentendido totalmente de este al emigrar a su país de origen Ecuador”.

Dada la redacción del Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia comentada, podríamos decir que se hace referencia a la unidad de convivencia independiente de la titular de la prestación y su hijo, a pesar de recibir éstos el alojamiento del padre de la titular, como un motivo añadido al de la falta de acreditación de recursos suficientes para la atención de las necesidades básicas. No obstante, creemos que la consideración de la unidad familiar independiente, cuyos miembros en su conjunto han de carecer de los medios económicos y patrimoniales suficientes para atender sus necesidades, es la circunstancia esencial para reconocer el derecho a la prestación que se declaró extinguida.

En efecto, el artículo 8.1. b) de la Ley 7/2010, de 27 de febrero (correlativo art. del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero), integra en el concepto de unidad familiar, a “Dos o más personas que convivan en el mismo domicilio y estén unidas por parentesco hasta segundo grado de consanguinidad, afinidad o adopción”. De este modo, tanto la titular de la prestación y su hijo, como el padre y abuelo de éstos con el que conviven, formarían la unidad familiar, debiendo tenerse en cuenta los medios económicos y patrimoniales con los que contara cada uno de ellos, no

debiendo ser superiores en su conjunto a la cuantía de la Renta Garantizada de Ciudadanía que procediera reconocer.

Por otro lado, el artículo 8.2 a) de la misma Ley establece que “No obstante formar parte de una unidad familiar o de convivencia por concurrir las circunstancias de convivencia en un mismo domicilio y la existencia de los vínculos señalados en el apartado anterior, podrán considerarse una unidad familiar independiente de la primera, a los efectos del reconocimiento de un máximo de dos prestaciones diferenciadas, las que aisladamente consideradas, reúnan por sí los requisitos exigidos y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) Las que incluyan a una o más personas y a sus descendientes cuando éstos sean menores de edad o cuando sean mayores de edad con discapacidad”.

El término “podrán” (“podrá” en el actual art. 8.2 del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero) parece dejar en manos de la administración gestora la facultad de reconocer la existencia varias unidades familiares o de convivencia entre quienes conviven en un mismo domicilio y mantienen vínculos de parentesco, pero, lo que establece la Ley, es que dicha facultad, criticable por sí misma, se relaciona con la posible concurrencia de dos prestaciones. En el supuesto de hecho de la Sentencia que nos ocupa, no se trata de reconocer dos prestaciones, puesto que el padre de la titular a la que se le declaró extinguido su derecho a la Renta Garantizada de Ciudadanía no cumpliría aisladamente los requisitos para ser también titular de otra prestación, de modo que la consideración estricta de la Ley nos llevaría a aplicar el apartado b) del artículo 8.1, y considerar una única unidad familiar o de convivencia a la titular de la prestación, a su hijo, y a su padre; y no el punto 2 del artículo 8, a través del cual podría considerarse a la titular de la prestación que se declaró extinguida y a su hijo una única unidad familiar.

Es por ello que, a nuestro juicio, cobra especial valor la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que trata de hacer valer el derecho previsto en el artículo 13.9 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León para las personas y familias que se encuentran en situación de exclusión social o en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social, ante una normativa cuya aplicación puede suponer, bajo determinadas circunstancias, la dificultad de reconocer la Renta Garantizada de Ciudadanía a personas vulnerables desde el punto de vista económico y social, y ante la aplicación más estricta de la normativa vigente que lleva a cabo la administración. En esta línea, también se viene pronunciando alguna resolución de órganos judiciales “*menores*”, como la Sentencia 65/2013 del Juzgado Contencioso-administrativo Núm. 4 de Valladolid, de 28 de enero de 2013, según la cual, la finalidad de la Renta Garantizada de

Ciudadanía y los principios que rigen su aplicación obligan a la Administración, al margen de la literalidad de la Ley, a evitar situaciones desproporcionadas (Fundamento de Derecho Tercero).

Esas situaciones desproporcionadas se dan, y de hecho, como ya hemos señalado más arriba, las Defensorías de Derechos puntualmente instan a que se modifiquen preceptos normativos cuya aplicación da lugar a las mismas, así como a que se lleve a cabo una interpretación de dichos preceptos acorde con la naturaleza del tipo de prestaciones con las que nos encontramos.

## 2. Garantía de la Defensoría de Derechos

Siguiendo con la referencia a la normativa que regula en Castilla y León la Renta Garantizada de Ciudadanía, y algunas de las actuaciones del Procurador del Común de Castilla y León contenidas en los Informes anuales presentados a las Cortes de Castilla y León a partir de 2010<sup>4</sup>, se han vistos supuestos en los que se ha denegado la prestación por haberse interrumpido la vigencia de la demanda de empleo durante un único día (Expediente Núm. 20110919), o se ha extinguido por haberse interrumpido dicha demanda durante varios días (20131465). También se pueden observar casos en los que se ha extinguido la prestación por incumplimiento de la obligación de participación activa para superar la situación de necesidad, sin prueba suficiente en el expediente de dicho incumplimiento y sin la debida motivación en la resolución (20141919), o por el simple hecho de no haber comunicado la titular de la prestación el nacimiento de su hijo, que acaeció cuando todavía no se había reconocido la prestación, y a pesar de que la Trabajadora Social que hacía el seguimiento de la unidad familiar conocía el estado avanzado de gestación de la interesada, constando en la solicitud de la prestación el estado de embarazada de la solicitante (20141928). También se han producido casos de extinción de la prestación por haberse desplazado el esposo de la titular a Marruecos por 3 días (20141502), y de extinción de una prestación de Renta Garantizada de Ciudadanía de 532 euros mensuales, debido al reconocimiento de un subsidio de desempleo por importe de 42,60 euros durante 10 meses, en virtud del régimen de incompatibilidad que existía con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Ley 1/2015, de 4 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de Renta Garantizada de Ciudadanía (20132785).

---

<sup>4</sup> Accesibles a través del siguiente enlace:  
<https://www.procuradordelcomun.org/informes-anuales/1/>

Por otro lado, al margen de las causas de extinción de la prestación, las restricciones desproporcionadas a su acceso también se han visto en casos como aquellos en los que se han computado como ingresos de la unidad familiar, a los efectos de resolver la solicitud de la prestación, los importes de pensiones alimenticias acordadas judicialmente, estando perfectamente acreditado de forma documental que dichas pensiones no eran percibidas de hecho, y que era factible que la situación de impago se mantuviera en el tiempo (20111327). También se ha hecho una valoración de inmuebles a efectos tributarios, a pesar de que dicha valoración quedaba desvirtuada por otros medios que evidenciaban la falta de concordancia de dicha valoración con la realidad, aportando el interesado la solicitud de la debida rectificación ante los órganos competentes (20120337). No se ha flexibilizado la exigencia de documentación extranjera para justificar la carencia de medios, incluso cuando la solicitante, a pesar de haber nacido en Alemania, había vivido en España desde los 6 años de edad sin interrupción, acreditando la escolarización en el sistema educativo español y el desarrollo de su actividad laboral desde los 16 años de edad en España (20131371).

Por último, también podemos hacer alusión a la imposición de sanciones consistentes en la imposibilidad de solicitar una nueva prestación, durante 6 meses desde la fecha de la resolución del procedimiento de extinción, al margen de la existencia de mala fe y de ánimo fraudulento en el incumplimiento al que da lugar a la extinción de la prestación (20122767).

## Conclusión

Con todo, aun teniendo la Renta Garantizada de Ciudadanía la virtualidad de ser una prestación caracterizada como derecho subjetivo, y tener carácter ilimitado en el tiempo en tanto se cumplan los requisitos para su reconocimiento, lo cual no puede decirse de otras prestaciones homólogas en el resto de Comunidades y Ciudades Autónomas<sup>5</sup>, no cabe descuidar

---

<sup>5</sup> El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ha publicado el Informe de Rentas Mínimas de Inserción correspondiente a 2013, que puede aportarnos datos comparativos sobre las características de estas rentas en las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas. No obstante, hay que tener en cuenta que, con posterioridad a los datos que han servido para realizar este Informe, se han producido modificaciones normativas relativas a las prestaciones de las Comunidades de Castilla y León (la Ley 1/2015, de 4 de marzo, ha modificado el Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de Renta Garantizada de Ciudadanía), Extremadura (el Decreto-Ley 4/2014, de 26 de agosto, ha regulado la Renta Básica Extremeña de Inserción) y Galicia (la Ley 9/1991, de 2 de octubre, fue derogada por

aspectos que inciden en la atención de las necesidades básicas de los ciudadanos, y que requieren de la debida modificación de las normas reguladoras o de la forma en la que se aplican las mismas.

Por ello, es imprescindible el correcto funcionamiento de los mecanismos de garantía y protección de los derechos, entre ellos los órganos judiciales y las defensorías de derechos, siendo la Sentencia aquí comentada un ejemplo de la búsqueda real del amparo de un derecho imprescindible para facilitar una vida digna a los ciudadanos, al margen de otras opciones a las que llevaría la aplicación de la Ley en el caso concreto.

---

la disposición derogatoria única de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia).

## VIII. MÉXICO: DERECHO HUMANO DE DEFENSA Y DECLARACIÓN DEL ACUSADO

José Luis Eloy Morales Brand\*

### Introducción

La Reforma Constitucional Federal mexicana en materia penal, de 18 de junio de 2008, responde a un sistema de justicia penal garantista; a un modelo criminológico basado en el establecimiento de los principios básicos que son capaces de señalar un camino razonable y humano, para el tratamiento de las conductas sociales desviadas. El garantismo penal se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal<sup>1</sup>.

Posteriormente, el 10 de junio de 2011, se publicaron reformas constitucionales en materia de protección de Derechos Humanos en México, cuya trascendencia fue que tanto la norma Constitucional Federal como los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, adquirieron igual jerarquía de aplicación. En este sentido, la autoridad tiene la obligación de interpretar y aplicar la norma que beneficie y proteja al derecho, la que lo regule en mejor medida, la que lo amplíe, e inclusive la que lo regule ante omisión Constitucional de protegerlo, gracias a la aplicación del principio *pro homine*.

Partiendo de esta base, la Reforma Penal tiene dos ejes fundamentales<sup>2</sup>: 1. La reacción penal del Estado debe velar por la protección de los derechos humanos de los involucrados en el conflicto, es decir, de la víctima, el imputado y la misma sociedad; por lo cual, para poder afectar esos derechos, deberá analizar si tiene legitimación Convencional y Constitucional para hacerlo, si no existe otro medio menos lesivo o perjudicial al afectarlos, y buscar una proporcionalidad en los derechos en conflicto; y 2. Siempre aplicando e interpretando la juridicidad

---

\* Profesor Investigador en Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos Universidad Autónoma de Aguascalientes.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2011, p. 336.

<sup>2</sup> MORALES BRAND, J.L., *Proceso penal acusatorio y litigación oral*, Rehtikal, México, 2013.

para buscar el mayor beneficio posible a los involucrados, y el mínimo perjuicio indispensable.

Este modelo está basado en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, a través de las garantías constitucionales, internacionales y legales, y en la interpretación de las normas siempre buscando un equilibrio para tratar de resolver o aminorar lo más posible los conflictos penales.

La declaración del imputado como derecho humano de defensa en México.

En un sistema penal inquisitivo, los derechos del ser humano se consideran obstáculos para combatir la delincuencia. El órgano acusador basa su investigación en la obtención de una confesión, para de ahí reunir otras pruebas que puedan ser compatibles con tal versión; mientras que la autoridad judicial, sigue validando actos que logran confesiones, al otorgarles valor probatorio, y permitiendo que el imputado sustituya al investigador público en su función de evidenciar un hecho punible.

En cambio, la declaración del imputado en el procedimiento penal acusatorio, tiene la naturaleza de derecho de defensa, y no de medio de prueba de cargo que pueda ser calificado como una confesión. Calificar a la declaración del imputado como un medio de defensa, disminuirá actuaciones de investigación ilícitas, basadas en obtener confesiones, ya que al no valorarse de esa forma las declaraciones, restringirá el interés de obtener la declaración a toda costa.

Por lo anterior, será en el nuevo esquema acusatorio, donde la declaración del imputado adquiera nuevamente su esfera de mecanismo de audiencia en contra de acusaciones, y no una técnica para buscar la aceptación del hecho y su responsabilidad. Está declaración, tiene que ver con el dilema de la búsqueda de la verdad; es decir, la forma como el sistema punitivo se enfrenta al acusado, para obtener su declaración, y valorarla en el procedimiento, lo que diferencia a los modelos inquisitivos de los acusatorios o garantistas. El objeto del proceso penal es, entonces, la resolución del conflicto, y la obtención de una aproximación de verdad, sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso, con todas las garantías y derechos humanos, característicos del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>3</sup>.

El 22 de abril de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, aprobó la Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 34/2015 (10a.), después de resolver cinco Juicios de Amparo Directo en

---

<sup>3</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 102.

revisión, en el sentido de ser ilícita la declaración del imputado rendida sin asistencia jurídica de defensor.

La Jurisprudencia de la Primera Sala, publicada en la página 267 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, indica lo siguiente:

“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA VIOLACIÓN AL CARÁCTER TÉCNICO DEL DERECHO HUMANO GENERA LA ILICITUD DE LA DECLARACIÓN RENDIDA POR EL IMPUTADO SIN LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, POR LO QUE DEBE SER OBJETO DE EXCLUSIÓN VALORATIVA.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que de la interpretación armónica de los artículos 14, 17 y 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, deriva el reconocimiento implícito del derecho fundamental a la exclusión de prueba ilícita en materia penal, tal como se refleja en el contenido de la jurisprudencia 1a./J. 139/2011 (9a.), que tiene el rubro: “PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.”. Lo anterior significa que la exclusión de la prueba ilícita es una garantía del derecho a ser juzgado por tribunales imparciales, a contar con una defensa adecuada y a que se respete el debido proceso, derivado de la posición preferente de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolabilidad. En consecuencia, toda prueba que haya sido obtenida con violación al derecho del imputado (*lato sensu*) a contar con una defensa adecuada tendrá el carácter de ilícito, como acontece cuando declara sin la asistencia jurídica de un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público). Por lo que no puede tomarse en cuenta para efectos de valoración al dictar cualquier resolución por la que se determine la situación jurídica de la persona sujeta a un procedimiento penal.”

## 1. Aspectos más importantes de este criterio jurisprudencial

### a. Interpretación *pro homine* y progresivo, de un artículo de la Constitución Federal que existía antes de la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos y sistema penal

El contenido del artículo 20 de la Constitución Federal mexicana, relativo a que el imputado podría ser asesorado y representado por defensor o, en su caso, “persona de confianza”, existe desde la promulgación de la

Constitución de 1917, y se mantiene para el sistema inquisitivo, pues la reforma constitucional penal de 18 de junio de 2008, sólo aplica para los hechos delictivos que se cometan a partir de la entrada en vigor del nuevo proceso penal acusatorio.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de las sentencias que generaron la Jurisprudencia, aplica los principios *pro homine* y progresividad en materia de derechos humanos; el primero, al sustentar su criterio en el sentido de que todas las normas relativas a la protección de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. El segundo, al otorgar una mayor y mejor protección del derecho humano de defensa técnica del imputado, al fundamentarse en los artículos 8.2. d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.s b) y d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que los imputados tienen derecho a una defensa oportuna, técnica, eficaz y real.

Lo anterior es importante, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está realizando una interpretación *pro homine* en conflicto aparente de normas, o antinomias jurídicas, a favor de la máxima protección de los derechos, y en contra de una simple interpretación literal, o retroactiva en perjuicio.

Así, el derecho a una defensa técnica y asesoría jurídica previa a que un imputado rinda declaración, no sólo opera en casos del nuevo proceso penal acusatorio, si no que gracias a este avance progresivo y de aplicación directa de los derechos humanos, también debe observarse en procesos iniciados previamente a la vigencia de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

#### **b. Primera aproximación para establecer que la declaración del imputado es un medio de defensa**

En las sentencias que motivan la Jurisprudencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere que la defensa adecuada sólo es efectiva y se garantiza, cuando el imputado está asistido en todas las etapas del proceso por un abogado profesional en derecho. Es decir, la defensa técnica requiere un abogado titulado que la ejerza oportunamente, en todas las etapas procesales, y materialmente, que implica el contacto, comunicación y asesoría previa con el abogado, antes de rendir cualquier declaración, para estar en condiciones de negar la imputación, o inclusive ser asesorado para exponer los argumentos que ayuden a su defensa. Bajo esta premisa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia concluye que toda declaración no asesorada previamente ni asistida por abogado

defensor, es ilícita por violación directa al derecho humano de defensa adecuada.

Estos argumentos, son una primera aproximación a la tendencia de considerar que la naturaleza de la declaración del imputado es un medio de defensa, y no una prueba que pueda valorarse en su perjuicio. La Primera Sala está indicando que el imputado ejerce su derecho de defensa en su declaración, pues se hace cargo de la acusación, refutándola y dando argumentos que le ayuden a contradecirla; indirectamente se está dando por hecho que la declaración de un acusado no puede calificarse ni dividirse como confesión, en lo que le perjudique, sino que debe ser precedida de asesoría jurídica para que pueda ejercer su derecho de defensa al declarar.

Calificar una declaración como confesión, es propio de un sistema procesal penal inquisitivo, donde la búsqueda de la verdad, permite cualquier medio para llegar a ella, y quién mejor para decir la verdad que la persona que es tachada de autor del hecho. La confesión no es un medio de prueba, sino una valoración: en la práctica procesal penal, se emiten declaraciones de los imputados, y al momento de resolver, la autoridad las valora y califica, según su criterio, como una aceptación de hechos propios en su perjuicio. Y ¿por qué se buscan las confesiones?, ya que, además de ser el instrumento más rápido para responder a las exigencias sociales de investigación y sanción de un posible delito, el juez, teniendo una confesión, se siente más tranquilo al dictar la sentencia de condena<sup>4</sup>; al obtener una confesión, no es el Juez el que condena al acusado, sino el propio inculcado, al confesar, se condena así mismo; y la confesión lleva a la sociedad, a la opinión pública, una impresión innegable de la justicia del pronunciamiento; puesto que la comunidad, frente al imputado confeso, no duda comúnmente, de lo correcto de la sentencia<sup>5</sup>.

## Conclusiones

La necesidad que el proceso penal tiene del acusado, se ha hecho sentir siempre a través de los esfuerzos dirigidos a obtener su declaración de verdad; pero la cuestión de veracidad, en la mente de quien lo interroga porque lo considera culpable, se identifica, en forma desafortunada, con su confesión<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BUENO DE CARVALHO, A., "De nuevo sobre el interrogatorio del acusado"; *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 6, 2003.

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal*; 6 ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, F., *Derecho procesal penal*; 1 ed., Oxford, México, 1999.

La Jurisprudencia 1a./J. 34/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, es una primera aproximación a la tendencia de considerar que la naturaleza de la declaración del imputado es un medio de defensa, y no una prueba que pueda valorarse en su perjuicio, pues en la valoración a la declaración del imputado, es donde se aprecian las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio. Si se le considera como un medio de defensa, implica un instrumento que sólo puede utilizarse para hacer efectiva la defensa material; si se le considera un medio de prueba, puede utilizarse para allegarse de elementos de prueba, sin importar que sean de acusación o defensa; aunque en la realidad, casi todas las veces se valora en su perjuicio. Así, en virtud de que estas dos finalidades son contradictorias, pues una pretende defender, y la otra aportar pruebas, no puede concluirse que la declaración del imputado es un medio de defensa, y a la vez un medio de prueba de cargo.

Dentro de una visión inquisitiva, la declaración es un medio de prueba; pero, si reconocemos al imputado su calidad de parte o sujeto procesal, no es congruente sostener que sus declaraciones constituyan medios de prueba de cargo, ya que, por sí mismas, desde el momento que emanan de parte con interés en defenderse, nunca serán idóneas para formar un convencimiento imparcial del juzgador en su contra. Por otro lado, en el sistema garantista acusatorio, que se basa en la presunción de inocencia, el interrogatorio o declaración del imputado, es el principal medio de defensa, y tiene la única finalidad de dar, materialmente, vida al juicio contradictorio, y permitir al imputado, refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse<sup>7</sup>.

Si consideramos a la declaración del imputado como una manifestación o forma del ejercicio de defensa, y no como un medio de probar la imputación en su contra, apareja la consecuencia de una nueva actitud e interpretación al momento de valorar la prueba, y será la única forma de alejarnos de una concepción inquisitiva de búsqueda de la verdad, que justifica cualquier medio, considerando a la confesión como la prueba más eficaz para ello.

En este orden de ideas, podemos concluir que la declaración del imputado, esencialmente es un medio para defenderse del cargo o acusación en su contra, sin que pueda ser analizada como prueba de cargo o autoincriminación. El comunicarle los hechos que se le atribuyen, tienen como objetivo que conozca la acusación que lo incrimina en el hecho

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho... op. cit.*

punible, para que conteste el cargo si así lo desea<sup>8</sup>, y desde el inicio pueda plantear y fortalecer su defensa. Esa comunicación debe ser previa y sin demora; es decir, la comunicación o información del hecho, al igual que la comunicación y contacto con su defensor, debe efectuarse antes de la realización de cualquier acto procesal en la que intervenga el imputado.

La declaración del imputado es un medio de defensa y no uno de prueba, ya que los elementos incriminatorios tienen que ser procurados por fuera e independientemente de las reservas a que tiene derecho el imputado. Dicho en otros términos, el sujeto acusador debe hablar con los indicios y los demás rastros que toda actividad criminal deja como resultado que espera ser encontrado o revelado<sup>9</sup>. Por ello se debe reconocer a quien se encuentra sometido a un proceso penal, su derecho a prestar declaración para exponer lo que le convenga contra la imputación que se le formula, no para perjudicarlo.

En este orden de ideas, la declaración del imputado es el principio del ejercicio de su derecho de defensa; no es una diligencia de mera forma, sino un acto primordial para la libertad personal, pues en ella, el acusado podrá decir todo aquello que considere necesario en relación al hecho punible que se le imputa, una vez que haya entendido el alcance de la garantía de no autoincriminación. El imputado no debe rendir declaración ante la Policía o el acusador, sino que todo aquello que quisiera declarar, debe hacerse ante la autoridad judicial, pues el procedimiento penal será decidido por el juzgador, garante de los derechos contra conductas arbitrarias de cualquier obligado.

Finalmente, en la actualidad me encuentro desarrollando el proyecto de investigación "La declaración del imputado en el sistema de justicia penal acusatorio en México", en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. En ella, he encontrado evidencia de que la declaración del imputado en el procedimiento penal acusatorio, tiene la naturaleza de derecho de defensa, y no de medio de prueba de cargo que pueda ser calificado como una confesión. Los resultados de ésta investigación han sido tomados en cuenta para una iniciativa de reforma al artículo 20.B de la Constitución Federal mexicana, presentada en el Senado de la República, en mayo de 2015. Si bien en tal iniciativa se mantiene la idea de la "prueba" de confesión (que no es lo que yo comparto, ni concluyo en mi investigación), en el texto constitucional se busca establecer que se requieren pruebas que acrediten el delito y la

---

<sup>8</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 139. GARCÍA, F., "El procedimiento penal en México y Alemania", *Revista Criminalia*, Año LXVIII, Núm. 3, México, septiembre diciembre 2002, p. 136.

<sup>9</sup> OLIVARES GRULLÓN, F., *La declaración del imputado ¿Medio de prueba o medio de defensa?*

culpabilidad, independientes y previamente a declaraciones de acusados; lo cual es un paso importante para tratar de disuadir actividades ilícitas de investigación, que busquen necesariamente confesiones, a cambio de considerarla como un medio de defensa para contestar el cargo y las pruebas que lo sustenten.

### Bibliografía

BUENO DE CARVALHO, A., "De nuevo sobre el interrogatorio del acusado"; *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*; Núm. 6, 2003. CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal*, 6 ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008. CARNELUTTI, F. *Derecho procesal penal*; Oxford, México, 1999. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10 ed., Trotta, Madrid, 2011. GARCÍA, F., "El procedimiento penal en México y Alemania", *Revista Criminalia*, Año LXVIII, Núm. 3, México, septiembre diciembre 2002. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985. MORALES BRAND, J., *Proceso penal acusatorio y litigación oral*, Rehtikal, México, 2013. MUÑOZ CONDE, F., *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007. OLIVARES GRULLÓN, F., *La declaración del imputado ¿Medio de prueba o medio de defensa?*, 1999.

## IX. PERÚ: EL DEBATE DE LA LEY *STALKER*. UNA CONTRIBUCIÓN A LA NECESIDAD DE ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL Y MATERIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 1182/2015

Dora L. S. Cerna Morillas\*

### Introduciendo el debate en torno de una cuestionable constitucionalidad

A título personal, tanto desde el punto de vista formal como material, intentaré llevar a cabo una contribución a la necesidad de análisis constitucional del Decreto Legislativo Núm. 1182 de Perú<sup>1</sup>, que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. El resultado, a mi juicio que anticipo, determina una lamentable inconstitucionalidad de esta norma desde ambas perspectivas de análisis: el Decreto Legislativo Núm. 1182 de Perú (que ha devenido en conocerse como la ley *stalker* en los círculos académicos y medios de comunicación social masivos) vulneraría la Constitución Política de 1993 en su forma y en su fondo. Entonces, a fin de una convalidación de su inconstitucionalidad y la expulsión del ordenamiento jurídico, solo cabe esperar el inicio de un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que no persigue, en principio, la tutela de intereses subjetivos, sino la necesaria defensa de la Carta Magna como norma jurídica suprema.

En efecto, dado que el Parlamento ha optado por omitir la esperada observación a esta norma legislada de modo delegado, sin importar la polémica surgida, incluso, desde el inicio de su vigencia, en tiempos de Fiestas Patrias nacionales; se requiere, de la promoción de un proceso constitucional fundamentalmente objetivo o, lo que es lo mismo, de un juicio oficial de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía: por un lado, la Carta Magna, que actúe como parámetro y, por otro, el Decreto Legislativo Núm. 1182 con rango de ley, que constituya la fuente sometida a ese control. Sin embargo, como lo ha sostenido el

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Perú.

<sup>1</sup> EL PERUANO, 27 de julio de 2015.

Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad que corresponde a este caso, también, cuenta con una dimensión subjetiva, en la medida que es fin esencial de todo proceso constitucional garantizar la primacía de la Constitución Política y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (Exp. Núm. 0021-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 16). Ahora bien, debo advertir que este análisis no se concentra en datos de la realidad criminal actual. La seguridad ciudadana, el fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado son, sin duda, objetivos loables por alcanzar ante la grave situación en la que sobrevive. Empero, el reto reside en hallar los mecanismos que, al mismo tiempo, sean efectivos y estén revestidos de constitucionalidad.

### 1. Recopilando los antecedentes del Decreto Legislativo Núm. 1182

En ejercicio de lo dispuesto por los artículos 101, 4; 104; 105; y 107 de la Constitución Política, así como por los artículos 76, 1,d y 90 del Reglamento del Congreso de la República; a través del Oficio Núm. 083-2015-PR del 08 de junio de 2015, el presidente de la República, y el Presidente del Consejo de Ministros, con el voto aprobatorio de sus ministros, solicitaron a la entonces presidenta del Congreso de la República (de la bancada política oficialista) a que proceda, con carácter de urgente, a poner a consideración del Poder Legislativo el Proyecto de Ley (luego signado con el Núm. 4569-2014-PE). Tal proyecto buscaba la autorización del Congreso de la República de la facultad de legislar a favor del Poder Ejecutivo, en torno de la seguridad ciudadana y el fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. Entre los siete puntos materia del requerimiento de la facultad legislativa delegada (por un pretendido plazo de 120 días calendario), el Poder Ejecutivo buscaba especialmente combatir el sicariato; la extorsión; el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos; la usurpación y tráfico de terrenos; la trata de personas; y la tala ilegal de madera.

En la exposición de motivos correspondiente, al tiempo de alegar que estos delitos graves amenazan no solo a la seguridad ciudadana, sino también a la gobernabilidad democrática de Perú (como, efectivamente, puede afirmarse que ocurre en la realidad, aunque cierto es que con una intensidad más marcada en unas figuras penales que en otras de las relevadas en el listado de ejemplos); el Poder Ejecutivo sostuvo ante el Congreso de la República la necesidad de que los operadores de justicia obtuviesen información adecuada para la prevención, investigación, juzgamiento y ejecución penal, en la medida que se habría verificado una circunstancia particular: las personas involucradas en delitos se negarían a declarar (aunque, en realidad, el derecho a guardar silencio, como

manifestación del derecho a no inculparse, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 2.3 del Exp. Núm. 03021-2013-PHC/TC y otros, como implícito al derecho explícito a un debido proceso penal, así como por su previsión en instrumentos internacionales universales y americanos).

Habría, pues, siguiendo al Poder Ejecutivo, un entrapamiento o vacío legal por superarse, en función a la previsión de un instrumento normativo que aluda cuestiones técnicas que faciliten la búsqueda y obtención de información sobre eventos criminales; así como la identificación inmediata de autores, cómplices, testigos, colaboradores y cualquier otro que declare en pos de un proceso penal óptimo. Se buscaba una política que estabilizase las expectativas de convivencia ciudadana pacífica (con una disminución de la incidencia criminal consecuente), que habían sido movidas por el desequilibrio social que causa un fenómeno criminal. Incluso, el proyecto de ley que nos ocupa se animó a resaltar la necesidad de delimitar y aplicar, de manera efectiva, el delito de prevaricato, a fin de que la realización estricta de los mandatos de la ley se emplee como instrumento de lucha contra el crimen organizado. Como consecuencia de lo diagnosticado y pronosticado, el Ejecutivo reconoció la necesidad de modificar diversos cuerpos normativos; sobre todo, de rango legal. Empero, obvió cualquier referencia a la Constitución Política y la restricción de los derechos fundamentales allí recogidos. El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (más propiamente, su restricción a través del uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación) no fue abordado en el proyecto de ley autoritativa.

Ahora bien, con fecha 10 de junio de 2015, se aprobó la exoneración de la consideración en comisiones del Proyecto de Ley Núm. 4569-2015-PE. Ocho días después, el 18 de junio de 2015, en una sesión de legislatura extraordinaria pedida por el presidente de la República a través del Decreto Supremo Núm. 043-2015-PCM de 16 de junio de 2015 y convocada por la presidenta del Congreso de la República con la mayor celeridad; entre otros puntos de agenda, el Congreso de la República debatió la concesión de las facultades legislativas, con presencia del primer ministro, y los ministros de Justicia y Derechos Humanos, e Interior. La votación fue realizada, punto por punto, sobre cada una de las siete materias requeridas en el proyecto de ley. En el caso de la seguridad ciudadana y el fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, a las 23:39 horas, se autorizó la facultad para legislar sobre el particular (en 90 días y no 120 días como los pretendidos por el Poder Ejecutivo), por 67 votos a favor versus cero en contra, 27 abstenciones y cinco silencios.

En exceso al contenido de la exposición de motivos del proyecto de ley (que no menciona a la geolocalización), según lo indicado durante el debate congresal de aprobación, iniciado efectivamente a las 20:45 horas, se incluyó (aunque casi al término de la exposición del ministro del Interior, a manera de añadido aunque autocalificado como fundamental) la pretensión de que, dentro del marco de la flagrancia extendida por un lapso 24 horas, una unidad especializada policial pueda inmediatamente solicitar a las operadoras de telefonía la ubicación del teléfono desde donde se comete un delito grave, o pueda ayudarse a su investigación. Algunos parlamentarios de oposición anticiparon aquella noche que, con esta herramienta técnica (en términos usados por el ministro del Interior), se concretaría una peligrosa vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Pero la casi llegada de la medianoche (en una sesión maratónica de legislatura extraordinaria, con un debate de temas tan poco afines entre sí como control migratorio, profesionalización de los efectivos policiales, régimen penitenciario, registros públicos prediales, etc.) pareció una circunstancia condicionante del registro de tan solo 27 abstenciones, cinco silencios parlamentarios y cero oposiciones.

Con la autorización dada, así como la convenida en torno de los demás seis puntos materia de pedido, con fecha 30 de junio de 2015, el presidente de la República mandó a publicar y a cumplir la Ley 30336, remitida desde el Congreso de la República el 23 de junio de 2015, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. Tomando en cuenta la publicación legal autoritativa efectuada el 01 de julio de 2015; con fecha 27 de julio de 2015, muy ampliamente antes de que venciera el plazo de 90 días de vigencia de la facultad legislativa delegada (en una fecha declarada excepcionalmente feriado no laborable pese la negativa inicial del gobierno a ceder a la expectativa ciudadana, y a solo un día de la fecha central de las celebraciones de las Fiestas Patrias en Perú), se publicó el Decreto Legislativo Núm. 1182, con el cual el presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, legalizó el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado.

Por tanto, a través de una facultad legislativa delegada, en el Perú, el Poder Ejecutivo ha consagrado la siguiente regla general y absoluta (en inconstitucional detrimento de tal derecho fundamental):

“Sin conocimiento y evaluación previa por parte de los operadores de justicia como fiscales o jueces; los efectivos policiales competentes, las 24 horas de los 365 días del año, en circunstancias de flagrancia de

cualquier delito con pena mayor a los cuatro años de privación de libertad, pueden identificar, localizar y geolocalizar a los equipos de comunicación de toda persona, gracias a la obligada colaboración de los operadores del servicio de telecomunicaciones, en nombre de una investigación autocalificada como necesaria en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, con el único cargo de ponerlo en cuenta de un fiscal y, ya luego de logrado el acceso, en las 24 horas siguientes de la puesta en cuenta fiscal, informarle nuevamente para que este, dentro de las siguientes 24 horas, busque la convalidación judicial (que puede extenderse a 60 días o más si se sustenta su mérito)”.

## 2. Esbozando una inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo Núm. 1182

### a. ¿Vulnerando el ámbito de la delegación de facultades otorgado por el Congreso de la República?

El marco constitucional de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, previsto en el artículo 104 de la Carta Magna, establece que el Congreso de la República puede delegar la facultad de legislar a través de decretos legislativos, aunque solamente sobre materias específicas y por un plazo determinado. Así, ambos límites deben ser establecidos en una ley autoritativa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho, en el Exp. Núm. 0012-2011-PI/TC (Fundamento Jurídico 07), que “...] encontrarse autorizado para legislar delegadamente no supone que el Ejecutivo legisle en representación del Parlamento y, por tanto, como sucede en el Derecho Privado, que los actos legislativos que aquel expida puedan considerarse como actos dictados por cuenta y en nombre del Congreso (...)”. En esa línea, el profesor peruano y exmagistrado que presidió el Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo, ha señalado que, mediante la delegación legal, el poder constituido extiende su función legislativa al Poder Ejecutivo por motivos excepcionales, a razón a la rapidez o capacidad de logro de resultados concretos, en la dación de normas en ciertas situaciones especiales o críticas.

Además, el profesor español Eduardo Vírgala Foruria ha precisado que, a través de esta delegación legislativa, no se da una abdicación de la propia función legislativa en beneficio de otro. Es decir, tal como lo reafirma Landa Arroyo, la concesión de facultades legislativas es una institución excepcional en la medida que altera el reparto ordinario de competencias normativas entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo. En tal sentido, el ejercicio de la facultad delegada de legislar no puede ser entendido con amplitud; sino, más bien, debe ejercerse dentro de los límites que el mismo Parlamento ha establecido en la ley autoritativa. Entonces, la delegación de facultades legislativas debe ser

expresa. Las materias delegadas y el tiempo establecido no pueden ser genéricos ni indefinidos. Se requiere que estén taxativa y expresamente determinados en la autorización. Como consecuencia, la labor de interpretación en torno del alcance de esas facultades debe ser concreta, estricta y restrictiva. No ha de olvidarse que es, pues, una excepción a la potestad legislativa exclusiva del poder congresal.

Así, en cuanto al alcance concreto de las facultades legislativas delegadas, con la finalidad de que no se le dé un carácter amplio e irrestricto, debe recurrirse no solo al fin determinado en la ley autoritativa. También resulta necesario recurrir a la explicación o exposición de los motivos que originaron la solicitud de delegación. Por lo tanto, el ejercicio de estas facultades legislativas delegadas no debe excederse del ámbito establecido en función a los motivos específicos para la delegación. En consecuencia, el Decreto Legislativo Núm. 1182 devendría en inconstitucional, porque regula una materia que excede el ámbito de la delegación de facultades previsto en la Ley 30336, sobre la base del Proyecto de Ley Núm. 4569-2014-PE y su exposición de motivos explícita. Tales facultades fueron otorgadas con la finalidad de legislar acerca del fortalecimiento de la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, como un todo sistémico. Sin embargo, si bien la herramienta de la localización fue aludida en el debate de la sesión de legislatura extraordinaria, como un punto añadido casi al final de la alocución del ministro del Interior; el Decreto Legislativo Núm. 1182 reguló precisamente este punto adicional, pero de manera autónoma.

Como se señaló, cierto es que la materia delegada fue fortalecer la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. Sin embargo, esta facultad, en blanco y negro, como consignada en el proyecto de ley o en su exposición de motivos, no englobaba al uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. En consecuencia, no sería posible interpretar que el Parlamento delegó facultades legislativas al Ejecutivo en materia de restricción del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (así sea en el ámbito de la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado), porque el ejercicio de facultades legislativas delegadas, en el Perú, debe ceñirse a la materia específicamente autorizada (respetar tanto el proyecto de ley, los motivos que originaron la solicitud de delegación de facultades, como los términos de la ley autoritativa misma). Además, como la delegación de facultades legislativas es excepcional, no cabe una interpretación extensiva de la materia delegada.

Finalmente, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. Núm. 0047-2004-AI/TC (Fundamento Jurídico 25), si una ley autoritativa delega una materia permitida por la Constitución Política, pero el decreto legislativo se excede y regula una materia no delegada, se configura un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104 de la Carta Magna. Por lo tanto, el Decreto Legislativo Núm. 1182 es, pues, inconstitucional por forma, al vulnerar el artículo 104 de la Constitución Política. El Poder Ejecutivo, en detrimento de la Carta Magna (y sin que esta conclusión se debilite con una réplica sobre la alusión como un punto añadido, al final de la presentación del ministro del Interior, durante el debate nocturno en el Congreso de la República), ha regulado una materia para la cual no estaba autorizado, según una lectura sistemática del proyecto de ley, la exposición de motivos del proyecto de ley y de la ley autoritativa: la restricción del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones para, así, posibilitar uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación.

**b. ¿Vulnerando el principio de reserva de ley para la regulación de límites a los derechos fundamentales?**

El Tribunal Constitucional peruano, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la regencia del principio de reserva de ley parlamentaria para la limitación de derechos fundamentales, en virtud a lo establecido en el inciso a) del numeral 24 del artículo 2 de la Carta Magna de 1993 (es decir, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe). A razón de dicho principio, solo pueden afectarse derechos fundamentales a través de una ley ordinaria formal dada por el Parlamento nacional y no mediante cualquier norma con rango legal ordinario, en sujeción estricta y de respeto al principio de reserva de ley previsto en el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política. En ese marco, en la sentencia recaída en el Exp. Núm. 0017-2006-PI/TC (Fundamento Jurídico 12), el Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) la reserva de ley (regulada en el artículo 2.24.a. de la Constitución Política) impone la obligación de que cualquier regulación que pueda afectar o incidir en los derechos fundamentales, incluso de manera indirecta, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley general y no de fuentes normativas de igual o inferior jerarquía (...)".

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. Núm. 4119-2005-PA/TC (Fundamento Jurídico 67), el Tribunal Constitucional peruano ha reafirmado que "(...) en este sentido, este Colegiado ha establecido cuando menos dos límites a las restricciones de los derechos fundamentales. En

primer lugar, un límite formal, en el sentido de que toda restricción a los derechos fundamentales solo puede realizarse mediante ley del Congreso (principio de legalidad de las restricciones) [...]”. Además, en la sentencia recaída en el Expediente Núm. 2235-2004-AA/TC (fundamentos jurídicos 3 y 4), el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Carta Magna, señaló lo siguiente:

“(…) Sustentándose en el ordinal “a” del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución, este Tribunal ha afirmado que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley.

La exigencia de que tales restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual: las restricciones permitidas (...) al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En efecto, en un tema relativo a los alcances del principio de reserva de ley en materia tributaria (STC Núm. 2762-2002-AA/TC), este Tribunal recordó que dicha reserva legal debía entenderse como una de ‘acto legislativo’, y que la misma no era omnicompreensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley –como puede ser el caso de una ordenanza municipal, por ejemplo–, pues, se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad (...)”.

De esta manera, únicamente, se limitan los derechos fundamentales a través de una ley del Congreso de la República, en concordancia con el principio de reserva de ley formal y con la naturaleza excepcional de la delegación de facultades legislativas. Conforme con esta afirmación, a pesar de la falta de precisión constitucional sobre el rango normativo necesario para las medidas que limiten los derechos fundamentales; cabe aseverar que, en el sistema normativo nacional, la limitación solo puede realizarse a través de una ley formal, en la medida de que se trata de una garantía que busca la protección de los derechos fundamentales, en su condición de institución especialmente relevante acogida por la Carta Magna (incluido el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, por supuesto). La naturaleza especialísima del proceso deliberativo y decisorio (que forma parte de la elaboración de normas parlamentarias) constituye una garantía de protección de los derechos fundamentales, finalmente. Entonces, en función de la excepcionalidad de la delegación de facultades legislativas, el Poder Ejecutivo no puede legislar en materias reservadas, de modo exclusivo y excluyente, a una ley

parlamentaria. Aquello, precisamente, ocurre con la regulación, a fines de su limitación, de los derechos fundamentales.

Entonces, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda legislar en materia de limitación o restricción al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Carta Magna, art. 2.10), contundentemente, estaba prohibida, en principio, porque el Congreso de la República no autorizó dicha materia sobre la base del proyecto de ley, su exposición de motivos ni la ley autoritativa; pero, sobre todo (lo más grave), porque el principio constitucional de reserva de ley ordinaria formal establece que la regulación sobre la limitación de los derechos fundamentales solo puede ser realizada por el propio Parlamento. Por lo tanto, el Decreto Legislativo Núm. 1182, al regular una limitación al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, deviene en inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley ordinaria formal para la afectación de los derechos fundamentales, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir de literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política. En consecuencia, se incurre en una causal de inconstitucionalidad formal: regular materias que la Constitución Política reserva, específicamente, a otra fuente formal de Derecho; es decir, a la ley formal ordinaria parlamentaria.

### 3. Esbozando una inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo Núm. 1182

#### a. ¿Anulando una de las posiciones iusfundamentales del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?

Del Decreto Legislativo Núm. 1182, se puede extraer la siguiente norma: “Sin conocimiento y evaluación previa por parte de los operadores de justicia como fiscales o jueces; los efectivos policiales competentes, las 24 horas de los 365 días del año, en circunstancias de flagrancia de cualquier delito con pena mayor a los cuatro años de privación de libertad, pueden identificar, localizar y geolocalizar a los equipos de comunicación de toda persona, gracias a la obligada colaboración de los operadores del servicio de telecomunicaciones, en nombre de una investigación autocalificada como necesaria en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, con el único cargo de ponerlo en cuenta de un fiscal y, ya luego de logrado el acceso, en las 24 horas siguientes de la puesta en cuenta fiscal, informarle nuevamente para que este, dentro de las siguientes 24 horas, busque la convalidación judicial (que puede extenderse a 60 días o más si se sustenta su mérito)”. En consecuencia, *ex ante* una sana convalidación

judicial, la localización de las comunicaciones (conversaciones verbales a través de llamadas o escritas mediante mensajes de texto) han perdido todo su carácter secreto e inviolable. Incluso, si el juez no convalidase los supuestos de la medida, la llamada geolocalización se habría consumado ya con la sola intervención policial y su mera puesta a cuenta de algún fiscal. Con ello, el secreto e inviolabilidad a una de las posiciones iusfundamentales del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones se habría esfumado, sin regresión posible.

A la fecha, no han sido muchas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre el contenido y alcances del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (art. 2.10 de la Carta Magna, que dispone un régimen especial para superar su carácter secreto e inviolable, previo mandamiento motivado por un juez). Entre las sentencias más representativas, se cuenta a las recaídas en el Exp. Núm. 3599-2010-PA/TC (fundamentos jurídicos 5 al 11 del voto particular del magistrado Gerardo Eto Cruz) y en el Exp. Núm. 0114-2011-PA/TC (fundamentos jurídicos 5 al 11 del voto particular del mismo magistrado). Si bien la temática abordada en ambos procesos de amparo se circunscribe al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ámbito de la relación laboral (declarado vulnerado por los magistrados del Tribunal Constitucional en las dos situaciones, aunque prefirieron extender sus fundamentos propios, más en relación con la efectiva aplicación del derecho en el ámbito laboral, que con respecto a una mirada, por demás pacífica, al derecho mismo al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y su contenido). En esa línea, en el Fundamento Jurídico 10 del Exp. Núm. 0114-2011-PA/TC, se asevera lo siguiente:

“[...] Puede desprenderse que el término comunicación debe incluir los siguientes elementos:

a) [...].

b) En segundo lugar, la comunicación supone la presencia de un mensaje comunicativo, que no necesariamente puede estar representado en palabras, sino que puede incluir cualquier clase de signos que contengan un sentido significante [...]. Sin embargo, [...] no sólo es relevante [...] el mensaje comunicativo, sino todos los demás elementos que componen dicho proceso comunicativo. Así, se encuentran comprendidos los datos externos del mensaje, como los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros. Por otro lado, dado que lo que se busca proteger es la comunicación en sí misma o la libertad del proceso comunicativo en su conjunto, queda incorporado en dicho concepto constitucional de comunicación, cualquier etapa de dicho proceso, desde el inicio mismo (o acto de emisión) hasta la conservación del mensaje comunicativo por parte del receptor, luego de recibido el mensaje. [...]”.

Entonces, en el Fundamento Jurídico 11 del Exp. Núm. 3599-2010-PA/TC, el magistrado Eto Cruz del Tribunal Constitucional peruano concluye, de manera tajante, una lista de posiciones iusfundamentales que conforman el contenido protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, según el detalle siguiente:

- “(…) a) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) en ninguna etapa del proceso comunicativo entablado entre dos o más personas naturales o jurídicas, con una expectativa de secreto o confidencialidad. (...).
- b) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) ningún aspecto de la comunicación, lo que incluye no sólo el mensaje o contenido de lo comunicado, sino los datos externos del mensaje, como los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros; los mismos que pueden tener (...) carácter íntimo o no.
- c) El derecho a que, en caso se presenten circunstancias que ameriten una intervención en las comunicaciones, cuando se intenten proteger otros bienes constitucionales, a través de una investigación penal o de la investigación de una infracción laboral, por ejemplo, dicha intervención se realice con las garantías contenidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, esto es, con previo mandato judicial motivado, y con los requerimientos prescritos en la ley (definición precisa de las comunicaciones a intervenir, de la autoridad que estará a cargo de la intervención, del plazo de la misma y del control efectuado por el juez de la intervención (...). Como lógica consecuencia de una limitación de derechos fundamentales, sustentado en la protección de otros bienes constitucionales, dicha limitación debe respetar igualmente el principio de proporcionalidad, como límite de límites o límite último de los derechos fundamentales. (...) De no suceder así, esto es, de realizarse una intervención en las comunicaciones sin las garantías previstas en la Constitución y en la ley, o con afectación del principio de proporcionalidad, se considerará igualmente lesionado el derecho al secreto de las comunicaciones, con la necesaria consecuencia establecida en el último párrafo del artículo 2, inciso 10 de la Constitución, de tenerse por inválidas las pruebas obtenidas producto de dicha afectación (...)”.

En ese marco, el Decreto Legislativo Núm. 1182 encierra una inconstitucionalidad material. Prescindiendo de un necesario marco protector dotado por la Constitución Política de 1993, con miras a superar el carácter secreto e inviolable propio de las comunicaciones (es decir, sin el previo mandamiento motivado por un juez), lamentablemente, se anula a una de las posiciones iusfundamentales del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Así, la llamada ley *stalker* desconoce la protección constitucional a que el Estado no interfiera algún aspecto de la comunicación entre las personas, incluidos los datos externos del mensaje siguientes: nombres de los participantes, entidad a la que puedan pertenecer, dirección de origen o de destino, códigos o números que identifican a los participantes, entre otros coincidentes con

la polémica identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación regulada por el Poder Ejecutivo. En efecto, entre los datos externos del mensaje de una comunicación (sea verbal a través de llamadas o sea escrita mediante mensajes de texto), que han sido reconocidos como posiciones iusfundamentales que conforman el contenido protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, según dos sentencias del Tribunal Constitucional; se tiene, precisamente, a la resistida identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación regulada por el Poder Ejecutivo.

En suma, a pesar de la quizá extendida creencia de que su alcance solamente incluye al contenido mismo de la comunicación (o mensaje propiamente dicho, sea verbal o escrito); cuando se aborda el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, también se protege constitucionalmente un lado externo al mensaje. Por ello, los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros datos externos del mensaje, incuestionablemente, conforman las posiciones iusfundamentales que resultan protegidas, de modo especial (secretas e inviolables), por la Constitución Política; al igual que se ampara, con idéntico secretismo e inviolabilidad, al contenido mismo del mensaje (dato interno de la comunicación). Entonces, el propio artículo 6 del Decreto Legislativo Núm. 1182 no hace más que delatar una inconstitucionalidad material, cuando afirma la exclusión y protección del secreto de las telecomunicaciones respecto de lo que regula (amparándolo en el procedimiento de autorización judicial previa), pero no hace más que recalcar la efectiva inclusión, en el novísimo procedimiento de mera de convalidación fiscal y judicial *ex post*, de una de las manifestaciones del mismo derecho: los datos de geolocalización (externos del mensaje). Así, coincidiendo con el *Ombudsman* peruano, reconozco que la ley *stalker* no es materialmente inconstitucional por el extremo que omite regular intervenciones en el mensaje o dato interno (lo que, de darse, sería reprochable sin duda). Pero, a mi entender, en cuanto al fondo, sí es inconstitucional por regular el acceso al dato externo del mensaje (geolocalización), que también es digno de una protección constitucional solo superable con orden judicial previa.

### **Contribuyendo a una conclusión en línea de inconstitucionalidad**

- El Decreto Legislativo Núm. 1182, que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha

contra la delincuencia y el crimen organizado, permite su calificación como inconstitucional por forma, al vulnerar el artículo 104 de la Constitución Política (pues el Poder Ejecutivo ha regulado una materia no autorizada expresamente en el Proyecto de Ley 4569-2014-PE, su exposición de motivos, ni en la Ley 30336, ley autoritativa); así como también porque, al regular una limitación al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, contraviene el principio de reserva de ley ordinaria formal para la afectación de los derechos fundamentales.

- El Decreto Legislativo Núm. 1182 también permite una calificación como inconstitucional por fondo porque, sin el marco protector dotado por la Carta Magna para superar el carácter secreto e inviolable de las comunicaciones (previo mandamiento motivado por un juez), anula una de las posiciones iusfundamentales del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones: a que el Estado no interfiera algún aspecto de la comunicación, incluidos datos externos del mensaje, como nombres de los participantes, entidad a la que puedan pertenecer, dirección de origen o de destino, códigos o números que identifican a los participantes, entre otros coincidentes con la polémica identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación regulada por el Poder Ejecutivo.

### Bibliografía

LANDA ARROYO, C., "Facultades legislativas del Poder Ejecutivo", Programa de Fortalecimiento Legislativo del Congreso de la República, Lima, 2003 RUIZ MOLLEDA, J.C., "Análisis de la Constitucionalidad del Proyecto de Ley que delega facultades legislativas al Gobierno", Documento de Trabajo Núm. 40, Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva, 2010. VIRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa en la Constitución y los derechos legislativos como normas con rango incondicionado de ley", Congreso de Diputados, Madrid, 1999.

## X. PERÚ: LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Luis Larrea\*

### Introducción

La autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados, fue planteada por el profesor Claus Roxin en una conferencia titulada “Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder” pronunciada en Hamburgo en 1963. Dicha teoría se aplicó en 2009 en el procesamiento y condena, por delitos de lesa humanidad, al ex presidente de Perú Alberto Fujimori.

La corrupción es entendida como el abuso del poder confiado en beneficio propio. Siendo el abuso del poder un elemento común en los delitos de corrupción, requiere de un nivel de organización, especialmente en la llamada “gran corrupción”, es decir, aquella que se produce en las altas esferas de poder. La estructuras de poder o aparatos organizados de poder, permite cometer delitos de corrupción de funcionarios, eliminan pruebas y aseguran impunidad a los llamados “peces gordos de la corrupción”.

Mi objetivo es desarrollar una primera aproximación al tema de la autoría mediata por dominio de voluntad mediante aparatos de poder organizados, y su posible aplicación en la investigación, procesamiento y juzgamiento de delitos de corrupción de funcionarios.

### 1. Autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder

La autoría mediata tiene por finalidad eliminar la impunidad que cubre a quienes cometen delitos por medio de aparatos organizados de poder. En

---

\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho, Perú, con maestría en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, España.

el digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional<sup>1</sup> se resume el origen y la finalidad de éste tipo de autoría de la siguiente manera:

La doctrina penal alemana de los años sesentas vio el surgimiento de una nueva modalidad o variante de la autoría mediata, cuando el jurista Claus Roxin propuso la teoría del autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. A diferencia de la aproximación clásica de la autoría mediata, la teoría de Roxin no requiere que el autor inmediato del crimen esté exento de responsabilidad, sino que se reconoce al “perpetrador-detrás-del-perpetrador” con base en el dominio que éste último tenga del crimen, con motivo de su posición de autoridad en una organización altamente jerarquizada y estructurada<sup>2</sup>

Su aplicación no está exenta de críticas, toda vez que para algunos juristas la figura de éste tipo de autoría es inexistente y debe ser considerada bajo la figura de la coautoría, la participación o la instigación, dependiendo del tipo de conducta desarrollada por el llamado “hombre de atrás”. Cabe indicar que éste debate aún está vigente y no es mi intención desarrollarlo en el presente artículo.

En cuanto a la autoría, autoría mediata y coautoría establece el Código Penal peruano en su artículo 23 establece el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción. La figura de autoría mediata es una forma de autoría contemplada en la legislación peruana. La jurisprudencia penal ha desarrollado las modalidades y los presupuestos generales que configuran la autoría mediata. Así se establece en la sentencia sobre recursos de nulidad y consultas en el mega juicio a la cúpula del grupo armado Sendero Luminoso que<sup>3</sup>:

La autoría mediata es una categoría dogmática... como tal, es un título de imputación que no necesariamente debe estar descrito en un texto legal para que se entienda su compatibilidad con la existencia de determinación del tipo legal (ampliado). Se trata en suma de un aparato teórico desde el que se da sentido a los elementos objetivos del tipo penal involucrado, porque pone en relación a un individuo con los elementos que lo configuran por el dominio de la voluntad del ejecutor material<sup>4</sup>.

Y sobre la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder señala:

---

<sup>1</sup> FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derechos internacional*, Vol I, Washington, 2009.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>3</sup> recursos de nulidad y consultas.

<sup>4</sup> recursos de nulidad y consultas considerando 4.5.4.

Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se transmita a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal<sup>5</sup>.

La jurisprudencia penal peruana ha acogido la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder, estableciendo algunos criterios basados en el dominio del hecho, la estructura jerarquizada y la fungibilidad de los autores mediatos entre otros. La aplicación de éste tipo de autoría mediata se ha dado para el procesamiento y juzgamiento de delitos de lesa humanidad, y siendo el objetivo del presente artículo explorar su aplicación en delitos de corrupción de funcionarios, exponemos a continuación un análisis de los presupuestos generales y su posible aplicación para casos de delitos de corrupción de funcionarios.

## **2. Presupuestos generales de la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder y los delitos de corrupción de funcionarios**

El Código Penal peruano tipifica como delitos de corrupción de funcionarios las figuras delictivas de cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito<sup>6</sup>. Todas las figuras delictivas a excepción del enriquecimiento ilícito, admiten la autoría mediata, pues su comisión puede ser de forma “directa e indirectamente” o “bajo cualquier modalidad”. De allí la autoría mediata es una forma de cometer los delitos de corrupción de funcionarios<sup>7</sup>. Partimos también del supuesto que los delitos de corrupción de funcionarios se sustentan en el abuso del poder, especialmente los delitos cometidos en las altas esferas de poder, que requieren de un cierto nivel de organización jerarquizada.

## **3. Existencia de un aparato de poder organizado**

Este presupuesto alude a la existencia de una organización, la cual presenta una jerarquía vertical y se presenta una asignación de roles entre el nivel estratégico y el ejecutor. Asimismo hace referencia a la vida

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*.

<sup>6</sup> Código Penal peruano, arts. 393-401.

<sup>7</sup> En lo posterior cuando nos referimos a los delitos de corrupción de funcionarios, lo hacemos exceptuando el delito de enriquecimiento ilícito.

funcional del aparato, la misma que es independiente a la de sus integrantes. Sobre éste presupuesto ha establecido la jurisprudencia peruana que:

La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten... En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, (i) la “asignación de roles”... Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes... En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato.<sup>8</sup>

Los delitos de corrupción de funcionarios en las altas esferas de poder, requiere de un nivel de organización<sup>9</sup>. Se presenta una jerarquía vertical, y el funcionario corrupto tiene el dominio del hecho injusto, asimismo hay una división de roles entre quienes dirigen la organización criminal y los autores inmediatos. Se presenta una vida funcional autónoma de la organización, toda vez que la organización corrupta cuenta con recursos y estructuras de poder, lo cual implica que la organización tiene un modo de actuar al margen de la voluntad de los autores inmediatos<sup>10</sup>, y el funcionario que tiene el dominio del hecho siempre tendrá la seguridad de que sus órdenes sean cumplidas.

#### 4. Poder de mando del autor mediato

Para la configuración de la autoría mediata se requiere que el hombre de atrás tenga el dominio del hecho injusto, lo cual implica la facultad de dominar la voluntad del autor inmediato. El poder de mando del autor mediato surge y se sustenta en la existencia de la organización criminal. La jurisprudencia peruana señala que;

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior “del hombre de atrás” de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en

---

<sup>8</sup> Caso *Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE* (Alberto Fujimori Fujimori), considerandos 729–731.

<sup>9</sup> Vid., *caso Lava Jato* en Brasil y Perú.

<sup>10</sup> Esto se presenta especialmente es lo delitos de corrupción que capturan el Estado y utilizan las mismas estructuras del Estado y las políticas públicas para aprovecharse delos recursos del Estado.

atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar<sup>11</sup>.

En la gran corrupción un alto funcionario ejerce el poder de mando, el mismo que se sustenta en la organización criminal, que cuenta con los recursos y las estructuras que aseguran la comisión de los delitos de corrupción de funcionarios. Como lo indica Jaris Mujica el poder es un ejercicio, requiere ser constantemente llevado a la práctica, mostrado a los demás para poder mantenerse<sup>12</sup>. Las organizaciones corruptas se mantienen gracias a su nivel de organización y la constante manifestación de su poder, especialmente en las altas esferas de la administración pública.

### 5. Apartamiento del derecho

Las organizaciones criminales construyen aparatos de poder que se apartan del derecho. Este apartamiento no se refiere únicamente al derecho interno, sino sobre todo al derecho internacional. Para el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, implica un apartamiento de la legislación nacional y de las convenciones internacionales. Para el caso de la gran corrupción no se presentan un apartamiento del derecho, sino la existencia de organizaciones criminales dentro del mismo Estado, pues las organizaciones criminales capturan al propio Estado. Éste tipo de corrupción se sustenta incluso en el mismo ordenamiento jurídico que limita la transparencia de la cosa pública, y cubre de impunidad a sus autores. Conforme lo señala Jaris Mujica la corrupción se convierte, entonces, no simplemente en una manera de transgredir la política, sino, justamente, en un modo de ponerla en práctica<sup>13</sup>.

### 6. Fungibilidad del autor inmediato

Los aparatos de poder organizados cuentan con los recursos necesarios para sustituir a los ejecutores del crimen. El poder que se ejerce en estos aparatos convierte al ejecutor en un instrumento intercambiable, así la jurisprudencia peruana señala:

---

<sup>11</sup> Casos *Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE* (Alberto Fujimori Fujimori), considerandos 729.

<sup>12</sup> MUJICA, J., *Micropolíticas de la corrupción, redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*, Asamblea Nacional de Rectores, Instituto de Estudios Universitarios "José Antonio Encinas", Lima, 2011.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 152.

El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo —y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina—; sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato.<sup>14</sup>

En la gran corrupción cualquier funcionario de mando medio o empleado público estará dispuesto a pagar coimas, solicitar coimas y malversar fondos, todo con la finalidad de mantener su trabajo y mantenerse en las redes de corrupción. Todo aquel que se niegue a ser parte de la corrupción, será fácilmente sustituido por otros que están dispuestos a cometer delitos de corrupción de funcionarios.

## 7. Predisposición del autor inmediato a la realización del hecho ilícito

Este presupuesto se refiere a la predisposición psicológica del ejecutor a realizar la orden que implica la comisión del hecho ilícito. El ejecutor ha internacionalizado la voluntad de cometer el delito y se ha convertido en un obediente instrumento. En las redes de corrupción se tiene que los autores inmediatos, con previo conocimiento de la ilicitud, tiene la voluntad de cometer delitos de corrupción de funcionarios, y en caso sean descubiertos asumen su responsabilidad guardando silencio cómplice sobre el aparato de poder organizado, a fin de no poner en riesgo la supervivencia de la organización criminal y cubrir a los autores mediatos.

### A modo de conclusión

- La jurisprudencia peruana ha admitido la autoría mediata por dominio de voluntad mediante aparatos de poder organizados, en el procesamiento y juzgamiento por delitos de lesa humanidad. La gran corrupción sistemática en el Perú, se produce por medio de aparatos de poder organizados, ante lo cual el desarrollo jurisprudencial, debe dar respuesta, sancionado a las cúpulas de dichos aparatos y destruyendo legalmente las estructura de poder que promueven delitos de corrupción de funcionarios.
- La corrupción implica el abuso del poder conferido. Sus autores hacen uso del poder conferido y construyen estructuras que les permita aprovecharse de los recursos públicos. De lo analizado en el presente artículo, se tiene que en la gran corrupción se presentan los presupuestos generales de la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante

---

<sup>14</sup> *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori)*, considerando 737.

aparatos de poder organizados, lo cual abre las posibilidades de su desarrollo jurisprudencial.

- Un enfoque basado en la autoría mediata de dominio de voluntad mediante aparatos de poder organizados, permitiría una investigación mucho más integral, que aquella que se enfoca en la culpabilidad individual en los delitos de corrupción de funcionarios. Permitiría descubrir las redes de poder que sustentan a la corrupción, especialmente a la llamada gran corrupción y juzgar al hombre de atrás, es decir a los llamados "peces gordos de la corrupción".

- La autoría mediata por dominio de voluntad mediante aparatos organizados de poder, permitiría a los Fiscales construir y plantear una teoría del caso en materia de delitos de corrupción de funcionarios, en el cual se investigue el modo de operar de aparatos de poder organizados. El Fiscal al centrarse únicamente en la autoría inmediata, pierde la posibilidad de atacar legalmente a los aparatos de poder organizados, que son la fuente y sustento de la gran corrupción. La investigación basada en la autoría inmediata se limita a sancionar los ejecutores, que como se ha expuesto líneas arriba, son fungibles, es decir pueden ser cambiados por otros dispuestos a cometer delitos y se mantiene intacto el aparato de poder organizado y encubren a los autores mediatos.

- En base a la legislación penal y lo avanzado por la jurisprudencia, tienen los Fiscales la posibilidad de plantear investigaciones de delitos de corrupción de funcionarios, basados en una autoría mediata por dominio de voluntad mediante aparatos de poder organizados, lo que conllevará a una lucha frontal e integral contra la gran corrupción.

## XI. PERÚ: EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LAS POLÍTICAS SOCIALES

Marilyn Aróstegui León \*

### 1. Concepto y reconocimiento constitucional e internacional

Doctrinariamente, el derecho a la alimentación es un derecho de prestación, por un lado vinculando intrínsecamente con la dignidad humana y, por otro, con la obligación del Estado de garantizar que los ciudadanos y las ciudadanas, puedan acceder a condiciones y a los elementos necesarios que le permitan tener una vida sana, digna y activa.

Su reconocimiento a nivel constitucional aun es deficiente, pues la Constitución Política de Perú de 1993, no señala expresamente su protección, no obstante, el catálogo de los derechos fundamentales, es abierto, conforme prescribe el artículo 3<sup>1</sup> de dicho cuerpo normativo, incluyendo tácitamente a aquellos derechos no enumerados en la Constitución que tengan fundamento en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo y del Estado de Derecho.

Asimismo, es necesario señalar que el Estado peruano ha suscrito diversos tratados internacionales sobre el derecho a la alimentación, que forman parte de la normativa nacional, tal como lo expresa el artículo 55<sup>2</sup> de la Carta Magna.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, ha vinculado el derecho a la alimentación con el derecho a la salud, señalando que "(...) El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad (...)"<sup>3</sup>

---

\* Comisionada de la Defensoría del Pueblo de Perú.

<sup>1</sup> Constitución Política de Perú, art. 3: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado de derecho y de la forma republicana de gobierno".

<sup>2</sup> Constitución Política de Perú, art. 55: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, *EXP. Núm. 2016-2004-AA/TC*, FJ. 29.

En ese sentido, es innegable su reconocimiento y protección del derecho a la alimentación, como derecho humano y fundamental, pues tiene que ver con el desarrollo de la persona humana, ligado íntimamente a su dignidad, además, que como principio del Estado Social, obliga al Estado Peruano, a implementar políticas públicas necesarias que garanticen su eficacia y pleno goce, sobre todo de la población en situación de pobreza y extrema pobreza.

En el plano internacional, diversos tratados desarrollan la protección y alcances del derecho a la alimentación, entre ellos destacan: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los derechos del niño (art. 24.e); Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Estos instrumentos coinciden en reconocer el derecho de toda persona, sea individual o colectivamente, sin discriminación alguna, pueda acceder a la alimentación en condiciones adecuadas y que el Estado se compromete a garantizarlo o facilitar su provisión, implementando mecanismos para aliviar el hambre.

## 2. Aspectos esenciales sobre su contenido

Respecto al contenido del derecho a la alimentación, es importante señalar que en el plano nacional, no existe un marco legislativo que desarrolle este derecho. Por lo que, para el presente artículo, haré mención a la Observación Núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 11 del PIDESC y establece los siguientes mínimos para el derecho a la alimentación:

- La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada<sup>4</sup>. Respecto de este aspecto, no se podrá garantizar una adecuada y sana alimentación para las personas si de la mano no se trabajan otros factores que tienen que ver con la afectación, por ejemplo, contaminación de los ríos por actividad minera o no se tengan espacios físicos para el desarrollo de la agricultura, como zonas desérticas o no se implementan estrategias para capacitar sobre el uso de insecticidas.

---

<sup>4</sup> Observación General Núm. 12, párr. 8.

- La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos<sup>5</sup>. Esta condición también implica la accesibilidad económica y física.

Respecto de esta condición, el acceso económico está referido a la posibilidad material que tienen las personas, sea individual o a nivel familiar de asumir sus costos de alimentación y, por física, se entiende que los alimentos llegue de manera efectiva a las personas, sobre todo a aquellas en condiciones de vulnerabilidad, como por ejemplo: población indígena o víctimas de desastres naturales.

### 3. Políticas públicas sociales de contenido alimentario

#### a. Aspectos generales y principales problemas que guardan relación con el derecho a la alimentación

En el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano, de proteger, realizar y respetar, todo en cuanto corresponda para hacer efectivo el derecho a la alimentación de los ciudadanos y ciudadanas, en esta ocasión nos centraremos en la obligación de realizar, que significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso por parte de la población, sobre todo de aquella en situación de mayor vulnerabilidad.

Asimismo, es una obligación estatal de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local) de implementar políticas públicas que tengan por finalidad luchar contra los principales problemas sociales, como por ejemplo, la desnutrición crónica, deficiencias en la calidad educativa, ligadas a la pobreza y extrema pobreza.

Sobre esto último, es pertinente señalar que el Perú, actualmente viene superando una serie de problemas, entre ellas, la violencia política acaecida durante los años 1980-2000, que trajo consigo una serie de pérdidas humanas y materiales y retrasos en el desarrollo de los pueblos, sobre todo de aquellos en situación de pobreza y extrema pobreza y de esa forma lograr su inclusión social.

Al respecto, es importante señalar que actualmente la zona rural, viene concentrando el nivel más alto de pobreza y extrema pobreza, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)<sup>6</sup>, al 2013, el 48% de la población rural es pobre y el 16.1 % de la zona urbana. En el caso de las regionales naturales, la sierra y la selva peruana concentra la mayor cantidad de población pobre, siendo mayor la zona sierra con un 34.7%, de

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI), Población en situación de pobreza, según ámbito geográfico, 2004-2013.

la zona selva con 31.2% de población pobre. Lo mismo se repite en caso de la población en extrema pobreza, al 2013, según el INEI<sup>7</sup>, el 16% de la población es extremo pobre, el 10.5% de la zona sierra y el 6.9% de la zona selva. Otro factor importante a señalar es la desnutrición crónica de niños y niñas menores de (5) años, según el INEI<sup>8</sup>, a 2013, el 10.3% de niños y niñas acumula la zona urbana y, la zona rural el 32.3%, siendo de estos la zona sierra con mayor concentración con 28.7%, de la zona selva con 24.1 %, la zona costa concentra el menor nivel de desnutrición crónica con 12.5%.

En ese sentido, teniendo en cuenta estos índices (sin excluir otros que de por sí existen) concentraré el análisis en una política pública de contenido alimentario que viene siendo objeto de salud y mérito nacional e incluso internacional, por los logros que viene alcanzando. No obstante, como toda medida que atañe a disminuir los índices de pobreza y extrema pobreza, viene presentando una serie de limitaciones y dificultades en su implementación.

A partir de la creación del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social<sup>9</sup>, viene asumiendo la rectoría en materia de políticas de inclusión social y lucha contra pobreza. En ese sentido, en 2012, se creó el Programa Nacional de Alimentación Escolar "*Qali Warma*"<sup>10</sup> que tiene como objetivo primordial brindar el servicio alimentario a niños y niñas desde los 3 años de edad en las instituciones públicas de nivel de educación inicial y primaria. Asimismo, este programa social está vinculado intrínsecamente con la realización del derecho a la educación, conforme manda el artículo 4<sup>11</sup> de la Ley General de Educación, de tal manera que promueva la asistencia escolar, el logro de aprendizajes y la implementación de prácticas de seguridad alimentaria. Respecto a su implementación, este programa social plantea un modelo de cogestión, que implica una estrategia de gestión de corresponsabilidad, donde el Estado y la comunidad organizada (autoridades locales, directores, profesores de las instituciones educativas, padres y madres de familia) participan de manera

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Tasa de desnutrición crónica de niños (as) menores de 5 años.

<sup>9</sup> Creado mediante Ley 29792, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

<sup>10</sup> Mediante Decreto Supremo Núm.008-2009-PCM.

<sup>11</sup> Art. 4.- Gratuidad de la educación.- "La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la Educación Inicial y Primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos".

coordinada y articulada en la prestación de los servicios alimentarios durante todos los días del año escolar.

Es así que, la Defensoría del Pueblo de Perú<sup>12</sup>, realizó dos supervisiones a la implementación del *Qali Warma*, una a las instituciones educativas en zonas rurales y alejadas<sup>13</sup> y, otra a los procesos de compra de los productos<sup>14</sup>, advirtiendo principalmente lo siguiente:

- Que la prestación del servicio alimentario no se realizó desde el inicio del año escolar, principalmente porque los procesos de selección para la adquisición de productos se declaraban desiertos, lo cual afectaron la oportunidad en su provisión hacia los y las estudiantes.
- Falta o deficiente capacitación a los miembros que componen la cogestión del programa, ya que muchos de ellos desconocían sus funciones y responsabilidades.
- Falta de capacitación a los operadores del servicio alimentario, en temas esenciales de almacenamiento, conservación y manipulación de productos.
- Falta de infraestructura en las instituciones educativas para almacenar y preparar los alimentos.
- Brechas en el acceso al sistema de agua potable y alcantarillado en zonas rurales.
- Demora en la entrega de las raciones o productos por parte de los proveedores o productos incompletos o en mal estado, que afecta la adecuada prestación del servicio y pone en riesgo la salud de los beneficiarios.
- Los proceso de compra de declararon desiertos, por incumplimiento de los requisitos en el proceso de selección.
- Falta de proveedores locales.
- Falta de un mecanismo provisional que asegure la continuidad de la prestación del servicio alimentario, en tanto y cuanto se resuelvan los procesos de compra desiertos o hayan sido declarados nulos.

---

<sup>12</sup> La Defensoría del Pueblo, conforme lo establece el art. 161 de la Constitución Política de Perú, le corresponde la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, así como la supervisión de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos.

<sup>13</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Primer Reporte de supervisión al funcionamiento del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en instituciones educativas ubicadas en zonas rurales*, 2013.

<sup>14</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Segundo Reporte de supervisión al funcionamiento del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en relación a los procesos de compra*, 2014.

## Conclusiones

A manera de conclusión, es importante señalar que el derecho a la alimentación es muy importante para el desarrollo del ser humano, no solo porque permite su sostenibilidad, sino también porque teniendo un estado de vida adecuado puede ejercer los otros derechos que le corresponde – por ejemplo- el derecho a la educación. Si bien la normativa nacional no contempla textualmente su protección, ello no excluye que el Estado Peruano – a través de sus distintos niveles de gobierno – prioricen políticas públicas relacionadas a la lucha contra el hambre y la inclusión de la población en pobreza y extrema pobreza, que por sí mismas son incapaces de proveerse sus alimentos y los de su familia. Por ello, en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano y por un tema de justicia social, se ha impulsado desde el nivel nacional el Programa Nacional de Alimentación Escolar “*Qali Warma*”, que busca complementar los alimentos de los millones de niños y niñas de todo el territorio peruano, que por cierto, según señalan las estadísticas, está teniendo avances positivos en el logro de aprendizajes, factores que tienen que ver con la calidad educativa y la [reducción de la pobreza y extrema pobreza](#).

Sin embargo, durante la implementación de este programa, se han presentado una serie de dificultades que han sido advertidas por la Defensoría del Pueblo y que merecieron recomendaciones al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) y en especial, al Programa Nacional de Alimentación Escolar – *Qali Warma*, a fin de que adopten los correctivos necesarios para brindar un adecuado servicio y que los beneficiarios directos no sigan siendo afectados.

Es importante señalar que los hallazgos identificados por la Defensoría del Pueblo, afectan gravemente el pleno ejercicio del derecho a la alimentación, consecuentemente sus alcances como la disponibilidad y accesibilidad. Por otro lado, también es importante el trabajo multisectorial y la coordinación entre las distintas instituciones del Estado, por ejemplo: el sector educación y salud, con el Midis y el Programa, de tal forma que puedan realizar un trabajo articulado. Asimismo, cada uno de estos sectores desde sus espacios descentralizados con los gobiernos locales y miembros de la sociedad civil, a fin de articular las políticas y que estas se acondicionen a las realidades sociales, tengan en cuenta las costumbres y el nivel educativo de las familias.

Todo ello, podrá contribuir en reducir las brechas sociales existentes y que los niños y niñas, puedan desarrollarse competitivamente y logren salir de la pobreza en la que se encuentran.