

LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Actualidad y perspectivas

2ª EDICION REVISADA Y AMPLIADA

Marco J. Guerrero Machado



LETRAPRO
EDITORIAL CIENTÍFICA

**LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO
DERECHO CONSTITUCIONAL**
Actualidad y perspectivas

Autor: Marco J. Guerrero Machado



LETRAPRO
EDITORIAL CIENTÍFICA

Publicado por Editorial LETRAPRO
Contacto: 0979749373
Daule, Av. León Febres Cordero, Urb. La Rioja.
Email: info@letrapro.com
Web: <https://letrapro.com>

La reparación integral como Derecho Constitucional. Actualidad y perspectivas.

© 2025

Autor: © Marco J. Guerrero Machado
<https://orcid.org/0000-0002-8311-2387>

Cámara Ecuatoriana del Libro con registro editorial No 726

ISBN: 978-9942-7449-1-3

El “copyright” y todos los derechos de propiedad intelectual y/o industrial sobre el contenido de esta edición son propiedad de sus autores. Se prohíbe rigurosamente, bajo las sanciones en las leyes, la producción o almacenamiento total y/o parcial de esta obra, ni su tratamiento informático de la presente publicación, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisión de la misma de ninguna forma o por cualquier medio, tanto si es electrónico, como químico, mecánico, óptico, de grabación o bien de fotocopia, sin la autorización de los titulares del copyright, salvo cuando se realice con fines académicos o científicos y estrictamente no comerciales y gratuitos, debiendo citar adecuadamente a los autores como fuente y titulares de los derechos de propiedad intelectual. Las opiniones expresadas en los capítulos son responsabilidad de los autores.

Cada uno de los textos de la Editorial LETRAPRO, han sido sometido a un proceso de evaluación por pares académicos antes de su publicación, con base a la normativa de la editorial.

Revisores:

Ab. Ángel Tapia Vélez, Mgs.
Universidad de Guayaquil
<https://orcid.org/0000-0001-9966-8665>

Ab. Ena Garaycoa Alarcón, Mgs.
Universidad de Guayaquil
<https://orcid.org/0009-0003-3911-6123>

Aviso Legal:

La información presentada, así como el contenido, fotografías, gráficos, cuadros, tablas y referencias de este manuscrito es de exclusiva responsabilidad del/los autor/es y no necesariamente reflejan el pensamiento de la Editorial LETRAPRO.

Derechos de autor ©

Este trabajo tiene licencia CC BY-NC-SA 4.0. Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



*A mi familia,
por su constante apoyo
y sacrificio.*

INDICE

PRÓLOGO.....	1
INTRODUCCION	5
CAPITULO I	
ASPECTOS GENERALES DE LA REPARACION EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL	
Antecedentes	9
Aspectos históricos del derecho de reparación en el ámbito constitucional	13
A manera de definición de reparación integral	17
Consideración a la reparación como principio cons- titucional	26
La reparación en sus albores de institución jurídica en el Derecho Constitucional	28
CAPITULO II	
ACERCA DE LA REPARACION EN EL DERECHO CIVIL	
Referencias generales.....	31
Formas principales de la reparación en el Derecho Civil.....	34
La responsabilidad	37
La responsabilidad contractual	39
La responsabilidad extracontractual	40
Elementos de la responsabilidad.....	41

Tipos de responsabilidad: subjetiva y objetiva	45
Circunstancias que exoneran de responsabilidad.....	48
Evolución del concepto de responsabilidad.....	49
El principio de la reparación en este segmento del Derecho	51
CAPITULO III	
SOBRE LA REPARACION EN EL DERECHO PENAL	
Su naturaleza jurídica	55
Derechos de la víctima de la comisión del ilícito	59
La reparación considerada como pena de carácter público.....	63
La reparación como medio alternativo de sanción	66
CAPITULO IV	
LA REPARACION EN EL CONTEXTO DEL DERE- CHO INTERNACIONAL	
Generalidades.....	71
La reparación como forma de protección de los de- rechos subjetivos, en esta rama del Derecho	76
Supremacía de los principios establecidos en el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, en materia de reparación.....	79
Dimensión jurídica otorgada por el Derecho Inter- nacional a la reparación	82
Los tratados y las convenciones como fuente espe- cífica del derecho de reparación.....	83

CAPITULO V

EL ESTADO COMO SUJETO DE CUMPLIMIENTO DE REPARACION A LA PERSONA

Acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado	87
Nace la obligación del Estado de reparar el daño causado a las personas	90
Teorías sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado, frente al daño	97
El principio de la responsabilidad objetiva del Estado en este contexto	101
La responsabilidad del Estado ante la reparación de daños a la persona, es directa	104
Fundamentos legales de la responsabilidad del Estado en materia de reparación de daños	105
Elementos de la responsabilidad del Estado en la reparación	106
La fuerza mayor, la culpa y el hecho de terceros, como eximentes en la responsabilidad del Estado	108
La reparación del Estado por el error judicial	109
La reparación del Estado frente a otras responsabilidades	113
Normativa legal que debe regular la reparación del Estado en este ámbito	114

CAPITULO VI

LA REPARACION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Generalidades	117
---------------------	-----

Prevalencia de la reparación como principio jurídico, en la jurisprudencia constitucional: algunas referencias al respecto 119

Actualidad de la reparación en la jurisprudencia constitucional 124

CAPITULO VII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA REPARACION INTEGRAL

Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: aspectos preliminares 129

Competencia de la Corte Interamericana 130

Rasgos principales del procedimiento ante la Corte Interamericana 133

La Corte Interamericana y el derecho a la reparación integral 142

CAPITULO VIII

LA REPARACION INTEGRAL Y SUS BASES DE DERECHO SUBJETIVO

Generalidades 145

La reparación integral y sus bases de derecho subjetivo 149

Características por las que se puede considerar a la reparación integral como derecho subjetivo 155

Es consecuencia de la evolución de estos derechos que la reparación integral sea considerada como tal. 157

CAPITULO IX

LA FUNCION DE LA REPARACION EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Los derechos subjetivos: La posibilidad constante
de su inobservancia en los actuales tiempos161

La reparación integral y su calidad de derecho fun-
damental: generalidades.....163

La reparación integral en el campo constitucional:
aspectos que abarca.....165

La reparación integral: necesidad de instituciones
sustantivas y normas concretas de procedimiento,
para el cumplimiento de sus funciones170

CAPITULO X

LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Generalidades.....173

La evolución del principio de la reparación integral.....174

CAPITULO XI

FORMAS Y MODALIDADES DE LA REPARACION INTEGRAL EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL

Antecedentes breves.....179

El principio de la restitutio in integrum181

Las formas y modalidades que adquiere la repara-
ción integral en el ámbito constitucional183

CAPITULO XII

LA REPARACION INTEGRAL: SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El derecho a la reparación integral en materia constitucional es inherente a los elementales derechos del hombre	197
El rango constitucional de la reparación integral se debe también a un principio de justicia.....	200
La reparación integral como derecho, emana de la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales con jerarquía constitucional	202
Los regulamientos normativos que establecen a la reparación integral como un derecho autónomo	207
La reparación integral y su rol garantista de los derechos subjetivos	216
La reparación integral y el principio de la seguridad jurídica	217

CAPITULO XIII

NECESIDADES IMPERATIVAS PARA LA CONSOLIDACION DE LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

La inclusión de la reparación integral como un derecho autónomo en las constituciones.....	221
La necesidad de normativas constitucionales que viabilicen la reparación integral como un derecho subjetivo	225
La aplicación práctica de la reparación integral como derecho constitucional.....	227

El procedimiento constitucional que tutela los derechos fundamentales228

La necesidad de un procedimiento único para la plena vigencia de la reparación integral como un derecho elemental246

La necesidad de tribunales especializados para conocer y resolver sobre hechos que digan relación en materia de reparación integral, en el contorno constitucional248

CAPITULO XIV

PROYECCIONES DE LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

El afianzamiento de la reparación integral en las esferas de los derechos fundamentales explícitos251

Perspectivas de la reparación integral como un derecho en el ámbito constitucional253

CONCLUSIONES256

BIBLIOGRAFIA.....260

PRÓLOGO

La obra “La reparación integral como derecho constitucional. Actualidad y perspectivas”, del profesor Marco J. Guerrero Machado, constituye una contribución sobresaliente al pensamiento jurídico contemporáneo ecuatoriano y latinoamericano. En sus páginas se advierte un esfuerzo intelectual sostenido por otorgar a la reparación integral — tradicionalmente concebida en el ámbito civil— un estándar propio dentro del Derecho Constitucional, en correspondencia con los avances de la doctrina, la jurisprudencia y el derecho internacional de los derechos humanos.

El autor asume con notable solvencia un desafío teórico y práctico: demostrar que la reparación integral no es una simple consecuencia del daño, sino un derecho constitucional autónomo, fundado en la dignidad humana y en la responsabilidad del Estado. Su obra parte de una revisión exhaustiva de las fuentes históricas, filosóficas y normativas que han dado origen a la institución de la reparación, desde el Derecho Romano hasta las codificaciones modernas, y las entrelaza con una lectura crítica de los procesos constitucionales de América Latina. El resultado es un estudio sistemático, riguroso y propositivo, que articula las categorías del derecho privado, penal y público bajo una perspectiva unitaria y garantista.

Uno de los méritos centrales del libro radica en la claridad expositiva con que el autor desarrolla conceptos de elevada complejidad teórica. Su análisis, siempre preciso

y metódico, evita la rigidez dogmática y se nutre del contexto social y axiológico que da sentido al Derecho. Así, la reparación integral se presenta como una institución dinámica, dotada de contenido sustantivo y procesal, cuyo objetivo último es restablecer el equilibrio vulnerado por la violación de los derechos fundamentales. Esta comprensión coloca a la reparación en el núcleo mismo del constitucionalismo contemporáneo, como expresión de justicia material y como instrumento efectivo de protección de la persona frente al poder.

El doctor Guerrero Machado, jurista de dilatada trayectoria académica y profesional, quien además es un destacado profesor titular de nuestra centenaria Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas en la Universidad de Guayaquil, conjuga en su escritura la experiencia del investigador y el olfato del abogado litigante. Su pensamiento revela una formación sólida y una convicción ética que trasciende lo meramente técnico. Cada argumento, cada cita doctrinaria, cada análisis jurisprudencial responde a una preocupación genuina por el destino de los derechos humanos en el marco del Estado constitucional. El lector encontrará aquí una obra que no sólo explica, sino que orienta; no sólo describe instituciones jurídicas, sino que propone caminos para fortalecer la justicia constitucional y la función reparadora del Derecho.

La lectura de esta segunda edición permite apreciar la madurez intelectual del autor y su compromiso con la renovación del pensamiento jurídico nacional. La obra no

se limita a reproducir criterios doctrinarios, sino que plantea una visión original, en la que la reparación integral se concibe como un deber constitucional del Estado y como un derecho fundamental de las personas, derivado de la vulneración de cualquier derecho reconocido en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El autor no vacila en señalar que la efectividad de los derechos depende, en gran medida, de la existencia de mecanismos reales de reparación, y que sin ellos, la justicia constitucional se torna meramente declarativa.

La profundidad argumentativa de este estudio se ve complementada por una metodología clara, sustentada en un enfoque cualitativo y analítico que integra fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales. La precisión conceptual se acompaña de una prosa sobria y elegante, que refleja la madurez científica del pensamiento del autor. En cada capítulo, se advierte un propósito pedagógico y un compromiso académico con la formación de juristas críticos y conscientes de su responsabilidad ética ante la sociedad.

En definitiva, “La reparación integral como derecho constitucional. Actualidad y perspectivas” se erige como una obra de referencia ineludible para quienes investigan o ejercen el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos. Su lectura invita a reflexionar sobre el sentido último del Derecho: la búsqueda de justicia, la restauración del orden vulnerado y la dignificación de la persona humana. Con este aporte, el doctor Marco J. Guerrero Macha-

do reafirma su condición de jurista integral, de pensador comprometido con la justicia y de maestro que, con rigor y humanidad, contribuye a la consolidación de un Estado verdaderamente garante de los derechos y de la reparación integral como expresión de su más alta responsabilidad jurídica y moral.

Guayaquil, 5 de noviembre de 2025

Leonel Fuentes Sáenz de Viteri, Ph.D

Decano N° 54 de la Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Sociales y Políticas

Universidad de Guayaquil

INTRODUCCION

Ha sido notorio –durante este último tiempo- la evolución y las propuestas de nuevas perspectivas de la reparación integral, en cuanto derecho fundamental, y todo lo que ello jurídicamente implica.

Esto, frente al problema que representa que los derechos humanos se encuentren cada vez más expuestos, en la interrelación social de los particulares y con el Estado, a ser vulnerados. De otra forma, aunque existiendo mecanismos y figuras legales institucionalizadas para una debida garantía, estas carecen de la suficiencia exigida.

A través de este trabajo, se persigue -respaldado en bases analíticas-, un estudio, a efectos de establecer que el sector constitucional no escapa a las consecuencias del desarrollo social; por ende, hoy está obligado a regular de manera expresa y eficiente, derechos como el de la reparación integral, con visos propios y finalidades propias.

Cada vez es más demostrativo que la reparación integral aplicada por el ámbito constitucional, éste le asigna funciones propias –por decirlo de alguna manera-. Sobre el tema, una la Constitución Política debe dictar los trazos básicos que con imperatividad corresponde ser observadas por todas las leyes secundarias. El fenómeno social de su parte, le exige también que cumpla con encomiendas privadas, como cualquiera de ellas.

En esa orientación, también es de incumbencia a la doctrina, ocuparse de los aspectos propios a su campo, ya no solo instaurando principios indispensables o criterios a seguir por las leyes de menor rango; si no que, consagran-

do soluciones concretas frente a la inobservancia o violación de los básicos derechos que los protege. Debe existir una propuesta de instituciones propias, procedimientos adecuados y de un órgano jurisdiccional específico.

Así, cumpliría no con una simple expectativa, sino con un deber ineludible e imperioso de estos tiempos: el respeto y la garantía de los aludidos derechos.

Se recurre en este asunto, a instituciones como la reparación de daños, regulada por el Derecho Privado. No obstante, la reviste características particulares, de acuerdo a sus necesidades; en este caso le ha provisto de su propio ropaje.

Por todo ello –sostenemos-, que aquella es una obligación del ámbito constitucional, no solo por una exigencia inalterable, sino, debido a designios de principios jurídicos modernos, las convenciones y tratados internacionales que persuaden a su estricto cumplimiento.

Estos sustentos, se fundamenta sobre el marco de que no hay instituciones exclusivas de una rama del Derecho, pues, cada una le da matices propios.

Relativo al actuar del Estado frente a tales derechos, es de pensar que aquel no puede limitarse a respetarlos, o a (líricamente) “garantizarlos”. Si no que está comprometido a un actuar pragmático, en lo sustantivo o procesal, estableciendo instituciones de resguardo frente a su atentado, y cuando se dé éste, ofreciendo al individuo, procedimientos simples, rápidos, para una reparación cabal y satisfactoria.

De otra parte, y en lo relacionado a la metodología, hemos empleado un enfoque cualitativo, marco en el cual han sido valorados y considerados los diversos antecedentes de índole sociológicos, así como axiológicos y morfológicos, que nos han servido para su análisis y desarrollo.

Por último, y para la consecución de los esbozados propósitos, han sido estructurados catorce capítulos, a través de los cuales, y partiendo de aspectos históricos y conceptuales (Capítulo I), se analiza en forma somera, no por eso menos prolija, la reparación en las diversas áreas del Derecho (Capítulos II, III y IV), dedicando capítulo aparte (Capítulo V) al Estado como actor principal; para posteriormente, en los subsiguientes, hacer un estudio más acabado, y finalizar exponiendo algunos planteamientos, así como, formulando nuestros pensamientos sobre el tema.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA REPARACION EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL

Antecedentes

Desde la época del imperio romano, el Estado tuvo como atributo fundamental el poder supremo sobre sus gobernados, y rigió esta teoría hasta mediados del Siglo XIX. Esto implicaba la irresponsabilidad absoluta (*The King can not do wrong: el Rey no comete errores*, del Derecho anglosajón); toda vez que se trataba de un ente superior. Porque debido a sus objetivos basados en el interés general, justificaba su actuar. Los eventuales perjuicios causados a los particulares, eran riesgos legítimos a sufrir por estos.

Sin embargo, se destacan ciertas excepciones como en la legislación francesa, en una antelación a auspiciosos cambios, facultándose -por ejemplo- a los ciudadanos que hayan sufrido daños, iniciar reclamos contra el funcionario público causante, previo pronunciamiento del Consejo de Estado.

En efecto, dentro de la Francia napoleónica, con un Estado totalmente intervencionista, sus múltiples actividades eran fuente de constantes lesiones de derechos personales. Surge en estas circunstancias la tesis de que este debe responder por los perjuicios que cause. Se acudió entonces al Código Civil (del año de 1804), como un recurso legal que sirviera de fundamento de esta obligación (Arts. 1383 y 1384, de dicho código, relativos a la responsabilidad indirecta).

Esta situación que se presenta a raíz de la aplicación de las aludidas disposiciones, produjo controversias enconadas con quienes pregonaban la imposibilidad de aplicar tales artículos, apoyándose -entre otros- en que los redactores de dicho Código Civil si hubieren querido hacer extensión a las personas de Derecho Público, así lo habrían consagrado sin reservas. De otra parte, las diferencias que surgen de las relaciones de los particulares están basadas en el principio de la autonomía de la voluntad, lo que por sí se contrapone a las relaciones que emanan del poder público, que necesitan estar regidas por normas de Derecho Público.

Marcará un gran avance en la jurisprudencia de aquel entonces, el reconocimiento, ya no como un simple derecho, sino con regulación de normas explícitas del sector público, a raíz del célebre fallo Arret Blanco, del Tribunal de Conflictos francés del 8 de febrero de 1873, a través de cual se pronunciaba que la responsabilidad estatal no puede estar regulada por la normativa del Código Civil, sino, sujeto a sus actividades.

En Norteamérica, una orientación distinta tendrá la institución de la reparación (manifestada siempre a través de una de sus formas, la indemnización), ya en rigor reglamentada en la Constitución, y será Los Estados Unidos en 1787, que fija el derecho de indemnización, cuando se haya realizado una expropiación.

En Sudamérica, aunque a través de una ley especial (Ley 24, de 1854), Venezuela declara la absolución de la esclavitud, previo pago de una indemnización a favor de los dueños de esclavos liberados. Argentina, con similares

alcances, regulará más adelante (1860), pero directamente a través de su Carta Magna.

Por su parte, el Siglo XX desde sus inicios, reseña la preocupación por regular la reparación en el ámbito constitucional; lo hace abarcando aspectos diversos que alcanzó otros horizontes en la protección de los componentes de la esfera jurídica del ser humano. Así, la Constitución de Chile de 1925, demostrando un gran avance para la época, señalaría:

*”Todo individuo a favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubieren sufrido injustamente ”.*¹

Conviene destacar -respecto de la cita realizada- que dicha legislación se refería en aquel entonces, a los dos tipos de indemnizaciones: esto es, los daños físicos, por una parte; y de otra, los daños morales.

Viene de allí en adelante, otras constituciones que se preocupan también del tema: Perú, en 1933, al igual que la Constitución chilena, regula disponiendo una indemnización ante el error judicial en el ámbito penal. Japón, en el año 1947, apunta al derecho de indemnizar por los perjuicios como consecuencia de los actos ilegales del funcionario público, entre otros.

¹ Constitución Política de Chile de 1925. (Santiago de Chile, 1925). Soc. Imprenta y Litografía Universo. Pág. 17.

A pesar de todos esos avances alcanzados en la materia a comienzos del Siglo XX, no es por demás decirse, si la reparación como institución constitucional no ha alcanzado una expansión adecuada (sobre todo a nivel de Latinoamérica), se ha debido -entre otras explicaciones-, a la despreocupación por organizar modelos sólidos a través de los sistemas jurídicos. No han pasado, en definitiva, de sendas declaraciones carentes de toda practicidad.

Con el transcurso del tiempo, estas constitucionalizaciones se extendieron a otros campos. Así, se destaca la misma carta fundamental japonesa de 1947, ampliando la protección a otros derechos que van más allá del error judicial.

Estas nuevas orientaciones a disciplinar de ese modo, situaciones indispensables que atañen a velar por un pleno respeto de los derechos subjetivos, abarcarán temas concernientes ya no solo a aspectos genéricos, sino a problemas específicos; incluso de conglomerados sociales, con lo cual el Derecho Internacional toma participación directa, incidiendo de manera decisiva en el Derecho Interno (principalmente en lo constitucional), con pautas primordiales.

Dichas inclinaciones hacen referencia a los problemas relacionados al honor, los daños causados por el Estado con ocasión del ejercicio público. A nivel colectivo, en principio, ha tomado ribetes de importancia en asuntos, como el ambiental.

Tan solo para citar algunos casos, mencionamos ciertas constituciones que han reglamentado puntualidades:

La Constitución de Bolivia, que no solo condena los abusos de poder, sino que obliga a indemnizar (dándose otros requisitos legales), a las personas perjudicadas por esos hechos (Art. 15).

De otro lado, las constituciones de El Salvador (Art. 20); Uruguay (Art. 35), ordenan indemnizaciones ante la inobservancia de los derechos relacionados con la inviolabilidad de la propiedad, en sus diferentes manifestaciones.

Las de Colombia (Art. 80); Costa Rica (Art. 50), entre otras, regulan adoptando indemnizaciones por los perjuicios ocasionados al medio ambiente.

En todo caso, y tomando como referencia La Declaración Universal sobre Derechos Humanos del año 1948; La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, también del año 1948 -entre otras-, se ha generalizado esta jerarquización de los derechos subjetivos, que han pasado a formar parte de las constituciones en el mundo. Representará una evolución en las sociedades que han ido convirtiendo en derechos, aspectos como los ya denotados, que hoy son tema de profunda inquietud, por ende, su problemática. Dándose, por tanto, suficiente fundamento para ser elevada a la categoría constitucional sus reglamentaciones.

Aspectos históricos del derecho de reparación en el ámbito constitucional

Tomando en cuenta el aspecto histórico, se puede confirmar lo que sostendremos en los diferentes espacios del presente trabajo, en el sentido de que los derechos subjetivos como tales, generalmente, se van institucionalizando-

se en la medida de la evolución social; por ende, son una consecuencia de esta.

Para los efectos de nuestro tema, permite destacar lo que algunos tratadistas han resaltado, anunciando incluso como una importante muestra de dedicación que se dio entre los derechos elementales en los comienzos del constitucionalismo: es el caso de la tutela del derecho a la propiedad; por consiguiente, advirtiéndose que, ante los daños ocasionados a la misma, éstos deben ser reparados.²

Merece este punto, ser analizado, desde dos ámbitos:

Primero, y ateniéndonos a sus orígenes de resaltar como un derecho elemental (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, 1789; y, antes, en 1787, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica), bien se puede decir que, en el contexto fidedigno en que se dieron los acontecimientos singularizados, es una manifestación del ocaso de un sistema socio-económico reinante y los inicios de otro; donde la propiedad juega un papel fundamental. Para quienes no comulgan con el sistema denominado capitalista, dirían, es lo que se erige como la base de una modalidad, de explotación del hombre por el hombre.

Después, se puede ver también que la propiedad en cuanto parte de un todo íntimo del ser humano, merece y

2 “La aparición y el desarrollo de la cuestión social influyó también en la regulación constitucional del derecho de propiedad. A partir del presente siglo, los sistemas políticos democráticos, todos los cuales aceptan la propiedad privada, van incorporando algunas restricciones de tipo social en el ejercicio de este derecho, con un sentido profundamente humanístico”. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. (Buenos Aires, 2000). Ediciones Depalma. Segunda Edición. Págs. 91 y 92.

tiene que ser respetada contra cualquier agresión, incluso si esta proviniera del mismo Estado; de allí la manifiesta prevención por la seguridad de que este derecho no sea alienado.

Empero, sea cual fuere el soporte que haya servido a los efectos de considerar a la propiedad como un derecho subjetivo, lo cierto es que este acontecimiento, por los resguardos legales que se dieron desde sus inicios, en comparación con los otros categorizados de la misma forma, marca un punto de partida y sienta un precedente en el ambiente de los derechos supremos protegidos y amparados constitucionalmente, en forma directa, a través de la reparación.

De ahí en adelante, esta forma de “protección expresa” se empieza a diseminar a otros derechos (como se ha visto a groso modo), que en un comienzo y no obstante haberse mencionado en documentos históricos internacionales, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (año 1789), tan solo constituían sendas declaraciones (que, sin embargo, para la época, ya significó un gran avance).

En términos generales, podríamos decir que la institucionalización de “nuevos derechos” es un producto del desenvolvimiento social; por lo que se hace necesaria su debida protección y el punto de partida es a través de su jerarquía constitucional.

Es la sola interrelación social, así como el Estado en el ejercicio de sus funciones o poderes, la fuente de los perjuicios cada vez más diversos en el ser humano y sus

atributos inherentes. Por ello es viable sostener que la aparición de nuevos derechos es constante y que el Derecho Constitucional en este sentido, siempre hablará de los derechos “implícitos”, como una forma de asentar la imposibilidad de especificarlos, pues cada vez serán más.

“.....Es riesgoso intentar el agrupamiento de los derechos y garantías implícitos en un catálogo, porque precisamente la “implicitud” requiere de una apertura elástica y flexible.....”³, se ha señalado.

Se trata pues, de derechos que van tomando cuerpo hasta constituirse en verdaderas instituciones jurídicas, sin que nada detenga, ni de forma artificial, su crecimiento. El constituyente, más allá de su ideología determinada, solo se atendrá a la necesidad social para reglamentarlo.

A raíz de los sostenimientos expuestos, bien se puede denotar que la dedicación de este sector del Derecho, a aspectos relativos a la esfera jurídica de la persona (por ejemplo: el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano..... Art. 41 de la Constitución argentina), que antes no era de su apremio, se debe a la vulnerabilidad de los mismos que cada vez se acrecienta; por lo que su jerarquización no resulta tener solo un efecto alegórico, a menos que prevalezca la ineficacia de parte de los ordenamientos jurídicos de regularlos y tan solo se limiten a hacer figurar como meros principios en sus contenidos, incumpliendo con ello compromisos internacionales sobre el tema.

3 BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada. (Buenos Aires, 2006). Tomo II, 5ª Reimpresión. Editorial EDIAR, Pág. 111.

Ahora bien, en lo que respecta a la reparación de daños, por su íntima relación de dependencia con los derechos elementales de la persona, serán cada vez más importantes y proliferarán sus formas.

Sin duda, el impulso que ha tenido en esta materia, va de la mano de un ánimo proteccionista más específico de aquellos derechos. En ese sentido, su progresión ha sido constante, a la par que, también crece la necesidad de nuevas formas de presentarse la reparación.

Debido a la difusión única de esta inocultable interrelación (derechos subjetivos-reparación), no solo que carece de todo fundamento sostener que la reparación es una institución que, como propia del Derecho Privado “se ha constitucionalizado”; sino que, es el sector constitucional el que lo acondiciona a sus necesidades, en su también razón de ser, frente a los derechos subjetivos.

Lo enunciado, ha sido una referencia realizada de la reparación, supuesta como un derecho (más allá de si está o no afianzado en el medio constitucional como tal). Sin embargo -creemos- su gran avance está dado en el aspecto dogmático; esto es, si atendemos al notorio cambio desde cuando tan solo era un principio más. Hoy, existen indicios suficientes que consolidan la tendencia de que estamos ante un derecho institucionalizado, sin dejar pasar por alto los resultantes jurídicos que aquello implica.

A manera de definición de reparación integral

Ante la necesidad de establecer una definición sobre la reparación (integral), en el ámbito de los derechos consti-

tucionales, y al tenor del análisis y estudio que se realiza en el presente trabajo, se puede decir lo siguiente:

Se trata de un derecho con rango constitucional, que nace de la inobservancia a los derechos fundamentales y que tiende a subsanar, en alguna medida, mediante formas propias, las consecuencias del hecho dañoso.

Explicuemos en qué consiste esta definición:

1.- Señalamos que se trata de “un derecho con rango constitucional”.

Bien cabe una acotación previa en esta parte de la definición. Pues, mientras en el Derecho Privado, las tendencias doctrinarias aún debaten acerca de si la reparación es una obligación o es un derecho, principalmente debido a la evolución que ha tenido esta institución en los últimos tiempos. En el Derecho Constitucional, si bien se daban algunos miramientos partidarios, que, con cierto recelo, apuntaban a que se trata de un derecho (al margen de los fundamentos que se hayan esgrimido y del estado de expansión en el que se encuentre). Por ende, no estaba nítido -entre otros aspectos-, su trayectoria, finalidades, alcances, contenido.⁴

4 “Constitucionalmente no es errado hablar de un *derecho al resarcimiento y a la reparación del daño*, e incluirlo entre los derechos implícitos; el art. 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del art. 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional”.

BIDART CAMPOS, Germán J. op. cit. Pag.110. Año 2003.

Hoy en día, a raíz de las diferentes consideraciones en el contexto de la interpretación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, por parte de los respectivos entes; así como en diversos ordenamientos jurídicos, no cabe duda en considerar la reparación como un derecho constitucional:

“Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

...

3.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”.

Art. 86 No 3, Constitución del Ecuador.

De otra parte, también es de interés mencionar que, el tener la categoría de un derecho constitucional, significa que la suprema Ley (y no otra), ha de encargarse de regular y reglamentarla, con todo lo que ello implica; vale decir, no solo institucionalizándola, sino instaurando los procedimientos adecuados para su efectiva aplicación.

Observada como derecho, es conveniente hacer presente que se trata de una facultad que le corresponde a una persona (o personas) que, en un momento dado, y como todo derecho, puede accionarlo, reuniendo los demás presupuestos que para estos casos exija las circunstancias coyunturales.

En ese sentido se ha dicho:

“El derecho subjetivo, en forma dinámica, se manifiesta siempre en una acción, a través de la cual se promueve un proceso judicial.

Por lo tanto, a todo derecho subjetivo corresponde una acción, sin necesidad de que la ley expresamente la conceda.....”⁵

Sobre este punto, es substancial recalcar las directrices implantadas en este horizonte por el Derecho Internacional, más concretamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a la necesidad de despojarse de los formalismos de los que están inundados los sistemas jurídicos, para los efectos de poner en práctica este derecho. Los principios elementales que tutelan el mismo, han sostenido en reiterado y en forma imperativa que, en tratándose de acciones concernientes al ejercicio de los derechos subjetivos, éstas deben guardar la característica de materializarse a través de procedimientos ágiles, breves y eficaces. Además, teniendo la categoría de un derecho con rango legal máximo, implica para el Estado, el deber de

5 RIVERA, Julio César; Instituciones del Derecho Civil. (Buenos Aires, 2004). Parte General, Tomo I, Tercera Edición Actualizada. Edt. Abeledo Perrot. Págs. 315 y 316.

dar al individuo todas las garantías necesarias no solo para su vigencia sino para su accionar.

Creemos no caer en la exageración al sostener que el Estado debe actuar de oficio, cuando hayan sido inobservados los derechos aludidos, toda vez que existe suficiente sustento legal para que así ocurra, el mismo que se encuentra instituido (en el caso de nuestros países), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“...Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”

(Art. 1).

Al tenor de lo citado, se puede decir entonces que la reparación -en este campo- goza de naturaleza jurídica de un orden jerárquico, no solo porque se ocupa de asegurar la vigencia de los derechos de élite (a su vez, del derecho a ser reparados cuando estos han sido violados), sino por la obligación del ente estatal que asume (valga la redundancia), constitucionalmente, de respetar y garantizar los mismos. Pero esta función ha de cumplirse con la creación de instituciones y reglamentaciones que tiendan a la concreción de tales objetivos (sobre el tema profundizaremos nuestro estudio en el capítulo apropiado).

2.- Sustentamos que este derecho a su vez, “nace de la inobservancia a los derechos fundamentales”, porque la fuente para los efectos de su accionar, proviene de la transgresión de los derechos esenciales del ser humano, protegidos -a nivel interno- por la Carta Magna; y en el

orden externo, por los diversos tratados y convenciones (fuentes directas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Sin esa situación fáctica no podría darse este derecho. De allí que signifique tal circunstancia, un elemento a considerarse en su afianzamiento, más que nada institucional.

Ahora bien, en conexión con esta parte de la definición, es de subrayar que, en el ámbito jurídico internacional, organizaciones mundiales y regionales vinculadas con la institucionalización de estos derechos, han situado importantes preceptos a tenerse presente, sobre todo a nivel de estados, ante hechos concretos de su quebrantamiento.

En efecto, la Organización de Naciones Unidas (ONU), mediante Resolución 2005-35, del 25 de abril del 2005, ha instituido los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones”. A través del indicado documento se inserta el derecho de la víctima a una “reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” (No. 11, letra b, de dicha Resolución).

Aquello denota, que la preocupación por los derechos de la víctima a efectos de la reparación de los daños sufridos, al originarse asimismo en normas internacionales, convierte en una obligación insoslayable para los estados.

3.- Hemos expuesto, además: “tiende a subsanar, en alguna medida “, mediante formas propias, las consecuencias del hecho dañoso.

Cabe hacer las siguientes reflexiones sobre este componente de la definición.

Se puede decir que, sea cual fuere la gravedad de los daños causados a la víctima, se ha de observar como uno de los efectos inevitables del daño, el trauma que ocasiona este último, y que muchas veces suele ser imborrable, ni aún si se diere la restitución (a decir de la doctrina, la forma más adecuada de la reparación). Es decir, aunque existiendo una reparación total, esta nunca va a ser absoluta para la víctima.

Por ello es que la reparación siempre tratará de brindar lo mejor posible de su contenido y a través de sus modalidades, en sus intenciones de subsanar el daño causado, pero difícilmente llegará a una absoluta situación de alcanzarla.

No es un derecho que solucione mediante la *restitutio in integrum*, en estricto, el daño causado y a satisfacción de la víctima; si no que, siempre “tratará” de hacerlo (más allá de que la Corte Americana de Derechos Humanos, en sus jurisprudencias haya recogido el principio propio del Derecho Privado, que persigue regresar las cosas al estado anterior al hecho dañoso). Pues, y a manera de ejemplo, ante una atentatoria contra derechos como la vida, la integridad personal etc., está por demás decir, aquella finalidad que en desarrollo del presente trabajo denominamos como “finalidad absoluta”; en la práctica, será imposible de cumplirla. De allí que sostengamos, la reparación en el ámbito constitucional, lo que hace es ofrecer medios posibles (justificándose la proliferación de sus formas), tendientes a la consecución de la finalidad para la cual está. Considerando asimismo que, ante la inobservancia de los

derechos de jerarquía jurídica, usualmente no existirá forma alguna perfecta que sirva a esta institución a justificar su razón de ser.

Por lo consiguiente, este derecho perseguirá siempre ese fin, más allá de los resultados. En razón de que los daños deben ser reparados, obviando considerar (muchas veces) que pueden ser incuantificables.

Cualquiera de sus formas o modalidades no será capaz de retrotraer el derecho inobservado al estado anterior al hecho dañoso, como lo exige el principio de la equivalencia, por ejemplo. Solo se acercaría a una solución. Sobre el tema, ya Santo Tomás hablaba de “daños súper-económicos” cuando se refería a la reparación de los daños corporales sufridos por la persona, evidenciando su imposibilidad de que estos fueren reparados de tal forma que se asemejaran a su estado susodicho.

En el modo expuesto, podemos decir también, que el Derecho -incluso- relativamente, se divorcia de la situación subjetiva de la víctima, para ocuparse, por medio de la reparación, del restablecimiento del equilibrio entre las personas, que ha resultado alterado debido al hecho dañoso y que este accionar en definitiva está dirigido a velar por el mantenimiento del orden social.

4.- Por último, en nuestra definición hemos señalado que, esta finalidad de subsanar las consecuencias del hecho dañoso, es perseguida a través de “formas propias”.

La reparación de daños en cuanto institución jurídica, ha sido acogida por las diversas ramas del Derecho, adop-

tando características acordes a las regulaciones puntuales, sean estas del orden civil, penal, etc.

En el espacio constitucional, como se verá en los capítulos correspondientes, esta adopta singularidades muchas veces impensadas y que escapa a cualquier método de cuantificarlas. Por supuesto, están acondicionadas a la finalidad de este sector del Derecho en cuanto protector y garante de los derechos subjetivos.

La doctrina cada vez más lo está expresando. Ha sido complementado aquel sostenimiento con la jurisprudencia emanada de las cortes internacionales como la Corte Americana de Derechos Humanos que ha instituido a este tipo de reparación con diversos matices, como son la restitución, la indemnización, la compensación, etc.

Y no puede ser de otra manera, si tomamos en cuenta que se trata de derechos que gozan jerarquía constitucional. De allí que no existe una forma restrictiva para ello; por el contrario, siempre abarcará un campo abierto para realizar esta finalidad.

Se desmarca con estas propiedades, del papel a desempeñar en las distintas instancias jurídicas, para cumplir una actuación de notoria diferencia.

Cabe destacar, asimismo, que si bien actúa sobre la base de origen del Derecho Privado, es el Derecho Constitucional el que le asigna las diversas manifestaciones a través de las cuales ha de actuar en la protección real de los derechos elementales.

Aunque la jurisprudencia emanada de organismos jurisdiccionales como la Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha insistido en una reparación “plena y efectiva”, esta tiene formas y modalidades, que derivan de su finalidad: el ser humano y sus básicos derechos, plasmados en su jerarquía jurídica.

Debido a las repercusiones que acarrea cada una de las formas a través de las cuales se da la reparación en el ámbito de los derechos subjetivos, esto es motivo de análisis en capítulo específico posterior.

Consideración a la reparación como principio constitucional

Es indefectible -en nuestros tiempos- que, dentro de un sistema jurídico, todos los preceptos que lo conforman, han de ceñirse a los principios previamente establecidos en la Constitución Política, que son una suerte de directrices permanentes de las que no se puede alejar.

En ese panorama, y entendiéndose al principio jurídico, en su calidad de enunciado normativo, constante en el espíritu de una disposición expresa, por ende, formando parte de ella, siempre será el cimiento recurrente del juez, el legislador, entre otros, en sus respectivas labores de intérprete u operador de la norma jurídica.

Concordando con lo antedicho, es de establecer el sentido que tiene y su alcance, la reparación, en un ordenamiento (estrictamente en lo constitucional). Así, es factible identificar su campo de acción y su orientación asignada, en un comienzo, de principio jurídico: vale decir, la reparación como derecho fundamental –desde su esencia- toma la característica de ser integral en lo más amplio de este concepto. Por ello es que –acorde a tales

fundamentos- aquí, para subsanar el daño causado no basta solo la indemnización o restitución como en otro campo. La respuesta frente a la inobservancia de los derechos individuales o masivos, debe ser amplia, integral.

En ese contexto, la utilización de la reparación en cuanto principio alcanza espacios pragmáticos únicos, toda vez que contribuirá a evidenciar cuando una Ley tenga un contenido específico que sea contrario a la Constitución; por ende, esté causando (o vaya a causar) un perjuicio injusto contra los derechos individuales.

Considerada la reparación como principio jurídico, siempre ha de encontrarse implícita en un sinnúmero de disposiciones constitucionales, como una especie de paradigma a tenerse presente, a la hora de reconocerse un derecho.

Recalcamos en ese entendimiento, cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en sus fallos, ha recurrido con frecuencia, marcándola a través de citas puntuales, a modo de sinónimo de justicia, de equidad. Solo para mencionar, encontramos inmersa a la reparación en la Constitución argentina, en sus artículos: 14, 14 bis, 17, 19,75, Inc. 19, entre otros. Sin embargo, ni su alusión explícita (como ocurre en el caso del Art. 17) es suficiente como para argumentar que aquella es una institución, por ende, que cumple cometidos de un elemental derecho, en toda la extensión de la palabra.

Ha servido -dicho sea de paso- tal destinación, para que, asimismo, el señalado máximo Tribunal establezca una variedad de definiciones o conceptos al respecto. Esto, ha contribuido a que muchos tratadistas empiecen a teori-

zar sobre un supuesto éxodo de esta institución del Derecho Civil hacia el ámbito constitucional. Posición que no la compartimos, al menos si su basamento lo conforma condiciones como las señaladas.

La reparación como principio constitucional, se ha expandido, hacia espacios generales de los sistemas jurídicos. Es decir, se ha proyectado para reforzar la finalidad de las leyes secundarias. De allí la importancia y su inevitable mención, inclusive, como análogo de justicia, de equidad y como un modo de apoyo adicional, sobre todo, de resoluciones en el ámbito jurisdiccional.

La reparación en sus albores de institución jurídica en el Derecho Constitucional

Es preciso hacer la determinación de la reparación como institución jurídica, primero del Derecho en general y luego del ámbito constitucional.

En efecto, la reparación en forma institucionalizada tiene su origen en el Derecho Privado, que le ha proveído sus caracterizaciones y en cuyo campo se ha desarrollado, desde el antiguo Derecho Romano. Incluso, en este sector del Derecho su evolución ha sido inmensa; pues, si antes esta era reconocida como una especie de sanción, por ende, orientado a la persona causante del daño, hoy la doctrina moderna esgrime que, para aplicarla en concreto, ha de suponerse el daño desde la óptica de la víctima (tema que será abordado más adelante). Esto implica razonar que el daño -como señalan algunos sectores- es en sí mismo un perjuicio antijurídico; calificación que no tiene ningún tipo de relación con la conducta de su autor, aunque pueda

coincidir con que esta también sea antijurídica (basado en este punto de vista, se ha respaldado que la reparación opera tan solo por haberse causado un daño que el individuo no tenía la obligación de soportarlo).

En aquel contexto, este es el justificativo de porqué la obligación de reparación del daño comprende, tanto aquel que es proveniente de los actos ilícitos, como aquellos que tienen su origen en los lícitos.

Sin embargo, acorde a la evolución social, otras áreas del Derecho, no solo que le dieron cabida a esta figura, sino que asignándole roles concretos ha logrado diferenciarse (como se verá en su oportunidad), en forma notable.

Referente al plano constitucional, la reparación como institución cumple un rol preciso y determinado. Vale decir, posee una aplicación propia, establecida por la ley constitucional (haciendo un alcance en esta tendencia, dado su reciente evolución, la misma doctrina ha identificado formas de manifestación no tan precisas a través de las leyes, las que con seguridad alcanzarán más minuciosidad con el transcurso del tiempo).

Como ya lo dijéramos, en este medio, adquiere caracteres propios que a su vez permite dimensionarla de una manera impensable, pues no tiene límites en cuanto a sus formas de manifestación. Se ha convertido en un elemental derecho y su explayo -creemos- es constante.

En síntesis, se puede sustentar que existe una diferencia, en cuanto a su contenido y su objetivo, al momento de considerarla como principio o como derecho institucionalizado. En este último caso, dentro de su amplitud, toma

formas definidas, que no pueden ser acrecentadas más que en el ámbito constitucional. Es donde alcanza sus plenas dimensiones de derecho excepcional.

El papel que desempeña la reparación institucionalizada, es objetiva y puntual; mientras que es genérica, amplia y como hemos podido ver, la encontramos -de esta forma- presente, como instrumento de interpretación de la Ley, por los operadores de justicia, cuando esta es empleada como principio. Allí radica la diferencia entre ambas consideraciones.

CAPITULO II

ACERCA DE LA REPARACION EN EL DERECHO CIVIL

Referencias generales

Antes de abordar el presente capítulo, cabe enfatizar, respecto del estudio breve que se realiza de temas como el presente, o posteriores similares, que pueden ser tratados con mayor profundidad; mas, para nosotros, su mención se trata a efectos de contemplarlos, previo el análisis y estudio de la reparación dentro del terreno constitucional, que es la materia central de este trabajo.

Hecha la necesaria aclaración, debemos decir que etimológicamente el vocablo reparación proviene del latín “*reparatio – onis*”, cuyo significado, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, es acción y efecto de reparar cosas materiales, mal hechas o estropeadas.⁶

En el campo del Derecho Civil, entendemos por reparación al desagravio, la satisfacción, el resarcimiento de un daño; componer o enmendar el daño que ha sufrido una cosa.

De manera general -se ha apuntado- persigue el restablecimiento de las cosas a su estado en el que se encontraba anterior al hecho dañoso.

Otros tratadistas son más prácticos al sostener que, en cuanto institución jurídica, asocia una indemnización con

6 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. (Madrid, 2001). 22 Ed., Editorial Espasa Calpe, Pág. 1.726.

motivo de una lesión o menoscabo, ya sea esta en lo referente a su persona o bienes.⁷

Aunque, más allá de las definiciones que existan, con claridad resulta la prevalencia que se realiza, ocurrido un daño, por sobre todo, de proteger el bien jurídico que ha sido objeto de un ilícito. A esto estaría abocado el Derecho de Daños moderno.

Se ha dicho asimismo, que el daño como la secuela del injusto, debe ser erradicado o reparado y este fin está alineado -de otra parte-, no solo a la satisfacción de la víctima, sino, calificada la conducta de su autor, a su juzgamiento. Pero lo que es más aún, esta orientación tendría repercusiones sociales, pues es inevitable dejar de pensar en el buen funcionamiento de un sistema; por ende, en el imperio de la seguridad, la justicia.

Los regímenes de reparación que el sector privado ha expandido (en la generalidad de las ocasiones) están lejos de alcanzar las finalidades de “restablecimiento de las cosas a su estado en que se encontraban anterior al hecho dañoso”. De tal suerte que, bien se puede decir, dicha intención es solo un indicativo a tener presente, a efectos de

7 “La más elemental razón de justicia impone la necesidad de restituir a la víctima al estado precedente al injusto status quo que le toca padecer. Y así lo ha entendido y receptado nuestro ordenamiento legal -artículos 1083 y 1078 del Código Civil- cumpliendo con la máxima que lo define, *ius est ars boni et aequi*, “el derecho es el arte de lo bueno y lo justo”. Y en este caso, será la compensación, el resarcimiento a la víctima”.

FERNANDEZ MADERO, Jaime; Derecho de Daños. Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales. (Buenos Aires, 2002). Edit. La Ley. Pág. 558.

implantar que todas sus formas deben tener aquel, como último propósito.

Y no puede ser de otra manera; pues, si se buscara llevar a la práctica tal principio, en la mayoría de los casos, la lesión no encontraría una solución jurídica, con los inevitables desenlaces que eso acarrearía. Por ello es que el terreno civil dispone instituciones manifiestas, que si bien no puede llegar a la solución absoluta, sí representa lo que más se acerca a una “reparación total”.

Bien puede decirse al respecto, que ha existido un ánimo de proporcionar al afectado una “reparación total”; pues es de su deber brindar protección con todas sus instituciones posibles al individuo y sus derechos. Esto, más allá de buscar subsanar el desequilibrio entre las personas, generado por el hecho dañoso.

Como una forma de afianzar lo señalado, en el sentido de que se tiende a buscar lo que hemos llamado una “reparación total”, se puede decir, que al producirse un hecho dañoso, las repercusiones alcanzan a ser de orden físico, psíquico, moral. Y el Derecho Civil para buscar una reparación adecuada, se preocupará de todos estos matices, sin excepción alguna; esto es, deberá abarcar el orden físico, psíquico y moral, con el resultante (muchas veces) que ni siquiera así logre una reparación absoluta.

Así lo entiende también la Ley al decir que:

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

(Art. 1078 del Código Civil argentino).

Por último, cabe recalcar que, como figura del Derecho Civil, acorde a las modernas tendencias doctrinarias, está inclinada hacia el individuo-víctima y no al causante. No se trata de un castigo para el hechor; sino que tiene un objetivo resarcitorio, privilegia a la víctima del daño y los resultados del mismo. Por eso creemos que, en un momento dado, tanto la doctrina como ciertas legislaciones, han dado primacía a la teoría resarcitoria, pero no como sanción.

Formas principales de la reparación en el Derecho Civil

Con anterioridad se dijo que “la reparación total”, presentada por el Derecho Privado, como una manera de remediar a la víctima, en primer lugar, está lejos de ser “el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraba anterior al daño”, (reparación absoluta); así, no es más que el paradigma a efectos de sustentar que, acaecido el hecho dañoso, aquella no debe olvidar que tiene un desig-nio único.

Pero, volviendo al punto de la “reparación total”, la doctrina respalda que existen diversas formas (lo que por sí demuestra que no es capaz de reparar el daño de manera absoluta, sino que ofrece alternativas, a manera de solución), que en definitiva no son más que limitantes impuestas, más allá de una satisfacción o no. Vale decir, en un momento dado, la víctima puede o no estar de acuerdo con la reparación a sus daños sufridos, mas tendrá que aceptarla; pues se trata con ello de establecer, ante una ruptura del equilibrio entre las personas y en un claro mensaje del ordenamiento, que se valdrá de cualquier alternativa jurí-

dica, en aras, no solo de una satisfacción subjetiva, sino de la seguridad y tranquilidad del conglomerado social.

Estas formas tendientes a intentar una reparación del daño, son: la denominada reparación natural, y la llamada reparación dineraria.

Precisamente, a la primera de las nombradas, la doctrina ha conceptualizado, en el sentido que su intención sería el volver las cosas al estado que tendrían si no hubiere ocurrido el hecho dañoso; situación que se consolidaría a través de la llamada restitución en especie. Es la expresión más clara de la obligación de hacer (reparación in natura).⁸

De otra parte, encontramos la reparación dineraria, prevalecte desde la época del Derecho Romano, pasando por el sistema francés. Calificada como el camino directo hacia la reparación, toda vez que -se ha dicho- a través de este medio no se busca restaurar nada ante su imposibilidad, sino que se busca el resarcimiento. Esta será la solución definitiva que ofrezca el Derecho Privado, ocurrido el indebido civil y cuyo resultante haya sido un daño.

La ley es un reflejo de lo que la doctrina al respecto ha propugnado cuando sella que:

“El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera impo-

8 “En su significación más pura, existe una tendencia a resaltar la idea del “restablecimiento” (sin aludir a forma alguna) de situaciones pasadas históricamente hablando o, dicho en términos más científicos, el regreso al *status* anterior al hecho”.

GHERSI, Carlos Alberto; Reparación de daños. (Buenos Aires, 2000). Editorial Universidad. Pág. 212.

sible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

(Art. 1083 Código Civil argentino).

No está demás mencionar lo que venimos señalando al respecto, en el sentido que esas eventualidades de reparación, evidencian la imposibilidad para el Derecho Privado, de una “reparación absoluta” (volver las cosas a su estado anterior al daño). Aunque, claro está que con ello se cumple una doble función: la de buscar una solución al afectado, a través de formas lícitas y posibles; y, la de dar seguridad al conglomerado sobre la efectividad del sistema jurídico imperante y que está garantizada la paz social.

Analizando las especificidades principales respecto a las formas señaladas, podríamos decir que la doctrina ha instalado las siguientes:

En relación a la reparación *in natura* o natural, esta es la que procura restablecer al estado de las cosas anterior al hecho dañoso y como ya vimos en el caso del Art. 1083 del Código Civil argentino, de no ser esto posible, se fijará en dinero. Es decir, la reparación dineraria toma una especie de lugar secundario ante la imposibilidad de realizarse la *in natura*, y que se convertirá a partir de ese instante en una obligación a satisfacer del causante del hecho dañoso a la víctima. Será esta la forma definitiva que la Ley dispondrá, al margen de si la víctima está en plenitud satisfecha o no. Bien se puede decir en este entendido, que se trata de una imposición. Con claridad implanta aquello que al Legislador más le interesó el mensaje a la sociedad, en el

concepto que, existe por sobre todo una Ley eficiente que brinda soluciones concretas frente a los hechos dañosos.

En lo referente a la dineraria, llamada también de la equivalencia, se puede señalar que, más allá de las “virtudes” que algunos tratadistas ven en la misma como la forma ideal, la Ley por sobre todo acude como una alternativa, ante el impedimento de una “reparación absoluta”.

Este tipo de reparación será la “solución definitiva” que se tendrá para el término del problema que le ha creado una situación de daño a un individuo y sus derechos.

Por fin, cabe decir, mirada como entidad jurídica, es la consecuencia del hecho dañoso, producida por una conducta perjudicial; y de esta última se encargará la institución de la responsabilidad, que es lo que trataremos a continuación.

La responsabilidad

Debemos partir expresando que existe responsabilidad cuando se ha causado un daño en la persona o sus bienes. Además, para que surta el efecto jurídico adecuado, el daño tiene que ser cierto, real. En tanto, las simples hipótesis no constituyen justificación alguna para su concurrencia y por ende se cometa un acto dañoso.

De allí el valor de que recurramos al origen de este cuerpo, a efectos de tener un antecedente fundado sobre la misma.

La palabra responsabilidad proviene del vocablo *respondere*, que significa prometer, pagar. Se dice que sus

precedentes en el contexto civil datan de la época de la ley del Talión y de la ley Aquilia.

Bajo una definición moderna, se fomenta que es la imputación hecha a una persona como supuesta productora de daños. Aunque más entendible resulta, analizada, ya sea donde la culpa es determinante, en cuanto generadora de los daños que deberán ser resarcidos (responsabilidad subjetiva); de la plataforma que prevé como elementos del supuesto, el concurso del daño sumado a la creación de un riesgo (responsabilidad objetiva).

Pero, siguiendo esta última inclinación, que con prescindencia de la culpa, intenta dar una visión acorde a los tiempos actuales, establece como sus elementos: la concurrencia de un comportamiento o una conducta que tienda a ser imputable (en este caso, ya sea culpable o que solo encierre la creación de un riesgo), por una parte; y de otra, la existencia de un resultado lesivo, que represente relevancia para la Ley, por sus corolarios materiales, morales; que se dé un menoscabo en la esfera jurídica de la víctima.

Es de advertir que en materia civil esta institución ha tenido una notable evolución desde la época romana hasta nuestros días. Destacando las posiciones de las legislaciones actuales que tienen como su fondo la culpa; mientras que la doctrina realza la “teoría del riesgo”, antesala de la responsabilidad objetiva.

En cuanto a las premisas que sirven de base para asegurar las diferencias están en que, mientras la teoría de la responsabilidad subjetiva supone como factor de sostén, la malicia o negligencia de la persona; por ende, la culpa es su soporte bajo este sistema. No así a la objetiva, a la

que interesa el daño injustamente causado que debe ser reparado. Vale decir, bastándole que exista aquel para que su autor sea el responsable.

Resulta claro que, bajo la perspectiva de la responsabilidad objetiva, la culpa es desplazada como el único cimiento posible. Esto es aplicable tanto para lo contractual, como para lo extracontractual, teniendo como excusa en ambos eventos la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el ámbito extracontractual -como lo veremos a continuación- la víctima estará exenta de probar la culpa, pues las presunciones van a desempeñar un rol definitivo en su favor, y para lograr su acometido solo debe acreditar que existe conexión entre el hecho dañino y el vínculo causal.

La responsabilidad contractual

Se le conoce como responsabilidad contractual a la que resulta de la violación de un contrato y que tiene como secuela la obligación de indemnizar al acreedor del perjuicio. Esta violación puede darse no solo por medio de la desobediencia del mismo, sino por su cumplimiento tardío o incompleto.

Es de notar que este tipo de responsabilidad supone una obligación anterior; se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico ya existente que es el contrato. Aquí las partes conocen con antelación de sus derechos y deberes, por lo que ante su contravención la ley sanciona con la obligación de indemnizar.

La responsabilidad extracontractual

Con este nombre se la identifica a la responsabilidad que es proveniente de la comisión de un ilícito (delito o cuasidelito civil), sea intencional o no y cuya derivación ha sido el daño a la persona o sus bienes.

En la responsabilidad extracontractual, lo que genera la obligación de reparar el daño, es el ilícito civil. Como resultante, los delitos y cuasidelitos en esta materia, son fuente de las obligaciones. A diferencia de las derivadas de los contratos donde existe una obligación previa, en la extracontractual los concursos son extraños entre sí (autor del daño y víctima), no existe vínculo alguno, o si existiere, el daño no proviene de la relación contractual, sino de incidencias ajenas a la misma.

En el marco de esta figura jurídica, característica en la mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas, es lo que la teoría ha dado a llamar “responsabilidad subjetiva”. Esto es que, no bastará el daño, sin la concurrencia del causante con una actuación u omisión culposa. Está basada en la culpa, lleva inmersa la idea del reproche. Y desde el punto de vista estrictamente jurídico resalta la inclinación sancionatoria, más que reparatoria.

Su predominancia resulta entendible en tiempos y oportunidades que permitieron controlar en un sistema la conducta o actividad humana de una manera holgada y ordenada.

Se contraponen a la aludida, la “responsabilidad objetiva”, que para su nacimiento requiere solo la existencia del hecho dañoso. Vale decir, al margen de si su autor actuó

con intencionalidad o falta de diligencia. Esta posición, es la que la doctrina moderna está dando prevalencia; es decir, ya no se mira la responsabilidad civil (en general) desde el punto de vista del autor de daño, sino de la víctima, a quien se procura reparar de los resultados del hecho perjudicial. Cabe hacer presente que algunas legislaciones la están normando, por ejemplo, en materia de tránsito, de sustancias nucleares, entre otros; donde el actuar riesgoso apareja emanaciones para su autor, aunque haya obrado con la mayor de las diligencias. Sin duda, las tendencias que la han dado relevancia, toman en cuenta el desarrollo social que obliga a regular al respecto, considerando como elementos primordiales la existencia de un daño y una conducta ilícita.

Elementos de la responsabilidad

Para que se dé la responsabilidad como generadora de consecuencias jurídicas, la doctrina ha establecido el concurso de los siguientes elementos:

a.- La acción u omisión dolosa.

Algunos autores señalan, citando en preliminar, solo a la acción u omisión como un primer elemento, para luego como un segundo, entrar a calificar que esta tenga el carácter de dañosa.

Por encima de las consideraciones teóricas, lo cierto es que una puntualizada conducta humana es la que origina el daño. Pudiendo presentarse esta en la realidad, a través de una acción como tal, o de una omisión, llamada del mismo modo, acción negativa.

Admite destacar asimismo que, acorde la indicación del requisito “culpabilidad”, estamos enfocando la convergencia de los elementos de la responsabilidad, desde una perspectiva de la doctrina subjetivista como lo veremos en su oportunidad.

Así, en la acción u omisión dañosa debe hallarse la particularidad inexcusable de la culpa o la negligencia por parte del sujeto generador.

Se ha dicho además, que la acción debe poseer el carácter de antijurídica. Luego, significa que tiene que infringir una norma o principio jurídico. Esta condicionante, en el ámbito de las contractuales no es tan difícil su percepción, pues resalta al darse en una violación del derecho del acreedor. O de otra forma, ante la conducta del deudor que contraviene su obligación.

No ocurre lo mismo en el campo de las extracontractuales, donde, a excepción del ámbito penal, su concepto es más genérico.

b.- El daño.

Estimado como uno de los presupuestos irremplazables, la existencia del daño es el pie forzado a efectos de establecer la responsabilidad. Este debese puntualizado como el resultado de la acción u omisión dañosa y cuyas repercusiones han sido para la víctima: pérdida, detrimento, perjuicio, lesión en sus derechos. “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

(Art. 1078 del Código Civil argentino).

Vemos entonces que al igual de los sostenimientos doctrinarios, la Ley recoge las dos facetas, acorde al tipo de indemnización que se realice por concepto de daños, a saber:

1.- Daño material o patrimonial, que tiene relación no solo con los bienes materiales, sino de la propia persona (atendiendo al hecho, que han de ser reparados todos los daños físicos ocasionados). Estos lo conforman a su vez, el daño emergente y el lucro cesante.

Asimismo, es de mencionar que, para una reparación debida, el daño ha de tener las características de ser cierto y concreto. Un hipotético no es indemnizable; y,

2.- Daño no patrimonial, más conocido como daño moral. Apuntado al resarcimiento de las implicaciones de la acción dañosa que ha soportado la víctima en su reputación, el sufrimiento, su dolor espiritual, etc.

La doctrina ha establecido que este a su vez, puede clasificarse en tres categorías, a saber:

2.a.- *Pretium doloris*, relativo a la indemnización que se relaciona con el padecimiento y sufrimiento como resultado del dolor físico. Vale decir, del atentado contra su integridad física.

2.b.- Daño moral puro, o propiamente tal. Tiene referencia con el sentido de tristeza, afección a la parte espiritual, psíquica (que pueden ser producto de la pérdida de un familiar, entre otros).

2.c.-Perjuicio estético. Este concierne a las cicatrices o derivaciones físicas que son las secuelas del daño y que recibe la víctima en su persona, entre otras.

c.- La relación de causalidad.

Los tratadistas en su mayoría coinciden señalando, que si bien en el plano de lo teórico resulta simple especificar, para los efectos de la responsabilidad debe darse un nexo causal, una relación de causa-efecto a fin de realizar la proporcionada imputación a su autor; no obstante, en la realidad la situación es compleja, toda vez que no siempre se da la existencia de una sola causa, sino que las presencias de estas pueden ser múltiples (concausas), frente a lo cual, a modo de solución al problema se ha elaborado una serie de teorías, de entre las cuales destacamos las más recurridas. Haciendo mención que ni éstas satisfacen, por su relativa efectividad, a una gran parte de los autores, a saber:

c.1. Teoría de la equivalencia.

Desde el prisma de esta proposición (muchos sostienen que se identifica con el postulado de la *conditio sine qua non*: que propugna a tener en cuenta aquellas circunstancias cuya contribución resulten ser categóricos para el hecho dañoso. O lo que es lo mismo: de no haberse dado, hubieran provocado la ausencia del resultado dañoso), se debe considerar a todas las causas que hayan concurrido a la producción del daño, sin establecer jerarquía de ninguna índole entre estas, sino que todas puedan ser generadoras de responsabilidad del autor del daño.

c.2. Teoría de la causa adecuada o de la adecuación.

Según sus adeptos, el origen del hecho dañoso solo es factible prefijarlo por medio de la adecuación razonable entre aquel y ésta última.

c.3. Teoría de la causa próxima.

A decir de esta teoría, debe existir en inevitable una relación de proximidad entre el daño y las causas que hayan coincidido en su producción, a efectos de diferenciar de aquellas que deban ser desechadas; y,

c.4. Teoría de la causa eficiente. Este punto de vista, inserta que el hecho más eficiente es el concluyente en el resultado del daño.

Por fin, debemos de subrayar que los elementos con anterioridad descritos son los que suelen ser citados por un sector de la doctrina tradicionalista, toda vez que las nuevas tendencias excluyen a la culpa como elemento de responsabilidad. En su lugar, solo contemplan la existencia del daño y el simple accionar del agente que ha ocasionado el mismo, bastando con ello para la inflexible obligación de resarcirlos.

Tipos de responsabilidad: subjetiva y objetiva

La responsabilidad civil puede clasificarse atendiendo a diversos criterios o circunstancias. Agrupación que en los últimos tiempos ha sido remarcada por las posiciones contrapuestas que representan en cuanto a su contenido dogmático, como lo vamos a ver a continuación:

a.- Responsabilidad subjetiva.

También es conocida como la responsabilidad por culpa. El sustento de esta teoría, como ya lo adelantáramos, se basa en que la conducta del agente causante del hecho dañoso, es la que determina su apariencia. Vale decir, para la existencia de esta última, es indispensable el actuar culposo o doloso.

Subsiguientemente, para establecer esta figura jurídica, a criterio de sus defensores es necesario del concurso de los siguientes elementos: por una parte, el daño; un actuar culposo o doloso. Por último, la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso y culposo del sujeto.

Según esta perspectiva, puede ser a su vez directa o indirecta. Caracterizándole a la primera, el hecho de que su propia conducta dañosa obliga al agente al resarcimiento. Mientras que en la segunda, conocida también como responsabilidad por hecho ajeno, el sujeto no es el mismo a quien se atribuye, por cuanto ésta nace del deber que se tiene de vigilar lo que está bajo nuestra dependencia (personas, animales o cosas).

b.- Responsabilidad objetiva.

A diferencia del contenido de la subjetiva, esta teoría a simple vista, no exige la concurrencia del actuar culposo del agente para los efectos de establecer su asistencia. Aunque, analizando a la luz de los tiempos modernos, se puede observar que estos sostenimientos no constituyen una simple eliminación del requisito de la culpa, sino que es la solución jurídica a una serie de situaciones que, de no procederse de esa forma, aquellos hechos en los que no apareciera a secas la culpa del agente, generaría una diversidad de conflictos, y frente a los cuales el De-

recho no puede tener un actuar pasivo. Ya en el ambiente de rigurosidad dogmática, el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez define en forma clara lo que debe entenderse por responsabilidad objetiva, al señalar que:

”...prescinde en lo absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad.....”⁹

Es de importancia resaltar que esta definición, ante todo, a través de una valoración del acto dañoso, hace prevalecer lo que esto le significa para la víctima; es decir, se mira sus intereses y en definitiva, que esta no quede ante una indefensión.

De todas formas, resulta interesante observar el contexto histórico que prevalecía, cuando cierta parte de la doctrina desechaba esta nueva teoría, oponiéndose a quienes con mirada futurista previeron el inconveniente que se avenía, y hasta con un gran criterio de justicia, organizaron este sistema basado en la exclusión de la culpa.

Este escenario que germina esta tendencia, corresponde a la época de la revolución industrial, donde su avance inusitado genera una nueva realidad social. Por último, pertenece resaltar que la vigencia de este precepto en el ámbito procesal, es de gran importancia para la víctima,

⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. (Santiago de Chile, 1981). Imprenta Universal, Pág. 92.

toda vez que (en lo relacionado a la carga probatoria), queda liberada de demostrar que el agente actuó con culpa o dolo en el daño producido, pues solo interesa la existencia de éste para que opere en su favor el respectivo resarcimiento.

Circunstancias que exoneran de responsabilidad

Constituyen la excepción a la regla, en esta materia. Tanto la doctrina como la ley han solidificado que es antijurídica todo tipo de conducta -incluso las lícitas- que tenga como producto el daño para terceros. En ese orden de cosas, dejará de serlo cuando se dé ciertos hechos que excluyen de dicha antijuridicidad y por consiguiente, operen como causas justificantes que a su vez tienen por finalidad la exoneración de la responsabilidad del agente; siendo estas, más allá de los nombres específicos que puedan adoptar, las siguientes:

a.- El ejercicio de un derecho propio.

La regla general es que el individuo en el ejercicio de sus derechos y que cause un perjuicio a un tercero, está exento de responsabilidad. La excepción es que, en la realización de aquel, exista una intención de causar daño a un tercero, ante lo cual el sujeto quedará ligado en certeza como su autor.

b.- La legítima defensa.

La persona queda exenta de responsabilidad civil y penal participando los requisitos que por lo normal las leyes penales ordenan, frente a un hecho que en otra hora sería

causante de la misma: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla, etc.

c.- El consentimiento o la culpa exclusiva de la víctima.

Tampoco cabe el concurso de parte del agente ante la circunstancia que haya sido la víctima quien consintió el hecho dañoso, o que se dé el caso de la denominada culpa exclusiva de la víctima.

d.- El caso fortuito y la fuerza mayor.

Estas conllevan a la inexistencia de culpa, toda vez que se trata de fenómenos que son ajenos al control humano (generalmente fenómenos naturales), son impredecibles, y si se pudiera predecir suelen ser inevitables.

Evolución del concepto de responsabilidad

Mucho tiene que ver en la evolución del concepto de esta institución, el interés que la sociedad ha puesto en un momento dado de su desarrollo. Sostenemos esto, por cuanto dicha percepción ha variado en esencia, pasando de un extremo a otro.

Esto es lo que la doctrina ha dado a llamar como responsabilidad subjetiva y objetiva.

Brevemente hemos visto que, la llamada subjetiva funda su razón de ser en la conducta del autor del daño. Vale decir, más allá del hecho dañoso y frente a una posible reparación, para esta teoría se hace imprescindible comprobar si el hecho dañoso ha sido realizado con un actuar doloso o culposo. Claro está que el punto central, radica en su autor.

De otra parte, la objetiva, defendida por las tendencias modernas, relega el factor culpa y su orientación clara es hacia la víctima del daño y su reparación.

Se desplaza con esta teoría aquel viejo principio de que “no hay responsabilidad civil sin culpa”. Esta verá las cosas no desde el punto de vista de la obligación, sino del derecho subjetivo.

Sin duda alguna, la conocida como objetiva está acorde con las nuevas realidades, toda vez que, más son las “lesiones” (y de muy variada diversidad) que sufre el individuo en sus derechos, por lo que bien se podría decir, representa, hasta una forma de protegerlos frente a toda circunstancia que represente un peligro para los mismos.

No obstante, falta mucho por hacer en este aspecto, pues las legislaciones en el mundo siguen teniendo como justificativo máximo de esta, la culpa.

Bien puede decirse que, en materia de responsabilidad, la objetiva es la respuesta del Derecho ante la malgama de situaciones dañosas que atentan contra los derechos individuales, lo que ha hecho que se cambie de óptica, de la figura del causante por la víctima. Pero, sobre todo, lo que cabe resaltar en esta evolución de su contenido, es que se ha dejado de focalizar en la persona del deudor. En cambio, sí considerar con base, a quien padece la lesión.

Este vuelco de la doctrina ha hecho que la llamada “reparación de daños” evolucionara hacia el denominado “derecho de la reparación”, lo que por sí solo grafica frente a los hechos dañosos, que el Derecho busca todas las formas posibles tendientes a este cometido.

El principio de la reparación en este segmento del Derecho

Tal como han coincidido un sinnúmero tratadistas, es innegable que la reparación integral (para muchos, llamada también plena), en estricto sentido jurídico, resulta más específica que el contenido común. Vale decir, bajo el primer prisma, una obligación reparatoria debe contar con la concurrencia de los requisitos puntuales del daño o perjuicio que a su vez debe tener un nexo causal adecuado con lo que la Ley ha dado en llamar “hechos libres” (Art. 903 del Código Civil argentino). Mas, los inconvenientes se presentan cuando se trata de transformar en concreciones al momento de una reparación, y es allí donde la doctrina dispersa teorías distintas que van desde conceptos genéricos, hasta señalar requisitos para dar con una definición adecuada de lo que debe entenderse por reparación integral.

Según ciertas legislaciones, en este contexto, han tratado de abarcar una serie de segmentos y conceptos específicos, los cuales han de conformar un *quantum* indemnizatorio general. Eso sí, sin dejar de lado la acción valorativa del daño, por ende, de la víctima.

Dentro de estos sectores se ve, por una parte, la indemnización que corresponde por daño emergente y lucro cesante; a lo que deberá de sumarse al momento de la ejecución de la sentencia, aquel monto por concepto de desvalorización monetaria (esta última se aplicará no de una forma arbitraria, sino siguiendo normas de las ciencias económicas, que en definitiva preexistirá, como un derecho de la víctima).

Es además adicional a este conjunto, aquel que corresponda a los intereses generados (las reglas de aplicación en este caso, de forma usual, dicen relación con el cobro de estos rubros por el accionante, a partir de la fecha de presentación de la respectiva demanda, hasta cuando la sentencia ha quedado ejecutoriada y su cumplimiento efectivo).

Asimismo, y según la situación lo amerite, dentro de este sumo está, aquel que alude al daño moral; al daño futuro; al eventual, y a la llamada pérdida de la chance.

Con todo, más allá de referirnos a las secciones que desde ciertos puntos de vista conforman la reparación integral, nos hemos de ocupar en específico, de lo que este principio significa en el desenvolvimiento de la institución de reparación de daños en el terreno civil.

En efecto, es interesante ver como algunos tratadistas han tomado el principio de la reparación integral, como herramienta jurídica de la víctima, al sostener que: “Es la solución lógica si se piensa que la indemnización no es una pena impuesta al autor del hecho ilícito, sino una reparación reconocida a quien se le ha causado el daño. Es decir, el problema de la reparación debe mirarse principalmente desde el ángulo de la víctima secundariamente desde el de autor del hecho.....”¹⁰

Entendemos (el principio de la reparación integral), ha sido una contribución importante para los efectos de considerar la reparación como una institución jurídica, pensa-

¹⁰ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II. Séptima Edición Actualizada. (Buenos Aires, 1994). Editorial Perrot. Pág. 474.

da a cabalidad en la víctima y no en el autor, como ocurre con la teoría de la responsabilidad basada en la culpa.

Por otro lado, debemos de señalar que esta teoría es viable tanto frente a los delitos como a los cuasidelitos, al margen de la culpa del autor del daño.

CAPITULO III

SOBRE LA REPARACION EN EL DERECHO PENAL

Su naturaleza jurídica

Es conveniente describir, aunque sea en forma concisa, la diferencia que existe entre el ilícito penal y el ilícito civil:

Para el Derecho Penal, existe ilícito cuando la acción (sobrentendiéndose también la omisión), está sancionada por la Ley. Mientras que, en el sector del Derecho Privado, la característica del ilícito es que la acción está dirigida con intenciones de cometer un acto contrario a la ley.

Desde el ángulo del propósito del ordenamiento jurídico, permite resaltar que mientras en el ámbito penal, este apunta a sancionar acorde a la gravedad ilegal; en lo civil, la finalidad está acomodada a la víctima, en cuanto se encarga que sus efectos sean en justicia reparados. Por ello es que esta última dependerá de la magnitud del daño, más allá del grado de culpabilidad del agente.

Dentro del ilícito penal, al ser la sanción a imponerse, de orden personal, la muerte del agente extingue la respectiva acción. No así en el entorno civil, donde la reparación derivada de un injusto, es de sus herederos; vale decir, no se extingue.

En este sentido, en la esfera del Derecho Penal, la tentativa (cuando hay principio a la ejecución del delito, pero este no llega a su fin por hechos propios de agente), al

igual es punible; a diferencia de las exigencias del Derecho Privado, que requiere del agente un daño cierto o eventual causado a la persona (o personas), requisito *sine quo non* para que exista en su favor una reparación.

Ahora bien, como la doctrina ha acentuado, debe diferenciarse el concepto de daño de lo penal, del significado que le da el Derecho Civil.

En efecto, la reparación en lo penal, tiene su origen a partir del “hecho ilícito”; concibiéndose dentro de este, tanto al delito como al cuasidelito penado por la Ley. No obstante, y en términos amplios, podemos decir que aquel origina responsabilidad para sus participantes, en las siguientes trazas.

En ese contexto, no puede excluirse el Estado, quien a su vez con sus múltiples finalidades y ante un indebido, velará por el cumplimiento de la pena o medida de seguridad. Asimismo, está la incumbencia ante sus gobernados, situando que estos acontecimientos no incidan alterando el orden social.

Pero, acaecido de delito, la responsabilidad para el o los participantes del mismo, puede abarcar hasta dos facetas. Esto por cuanto, a más de lo que le interesa al Estado que actúa de la manera y con las finalidades que ya hemos advertido, está la posibilidad, cuando ha dejado como resultado, daños en los derechos o bienes de las personas. En este caso, la conducta repugnada ha originado una segunda responsabilidad, ante lo cual, de manera inevitable está la reparación como el único instrumento jurídico de la víctima.

No hay que olvidar que la reparación tiene un carácter privativo, al punto de ser renunciable, sin que ni siquiera el mismo Estado pueda intervenir en dicha decisión. Siendo para enfatizarse, que este derecho de la víctima es independiente (en los delitos de acción pública), que no se extingue la acción penal, ante la renuncia a una prescrita reparación.

De otra parte, y lo que ya se puede considerar como unas posiciones de índole innovadora, algunas legislaciones penales (como es de considerar, con adherentes y detractores), le han dado a la reparación un perfil muy particular, y cuya finalidad es totalmente diferente de las asignadas a esta institución en otras ramas del Derecho, esto es de lo que se ha dado en llamar, el carácter de “pena pública”. A manera de ejemplo se puede citar el Código Penal del Distrito Federal de México, República de México (Arts. 30, 37 y 46 de dicho cuerpo legal); la reparación tiene aquí una representación punitiva; deriva de lo que la Ley penal erige como delito. Por ende, es la sanción impuesta al autor del hecho dañoso.

La legislación ecuatoriana desde la Constitución del 2008 ha instaurado de manera expresa a la reparación integral, con un objetivo claro:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, in-

demnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Art. 78 de la Constitución del Ecuador.

Art. 11.- Derechos. - En todo proceso penal, la *víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:*

2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.

Art. 52.- *Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.*

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Código Integral Penal del Ecuador.

En definitiva, esta institución en el ámbito penal adquiere del mismo modo, una representación correctiva, de

castigo hacia la persona que ha cometido un delito; por lo que el agente sufrirá el menoscabo de un bien jurídico de su dominio o posesión. Todo lo cual hace concluir que lo más valorativo aquí es la conducta de este último.

Y es que no puede considerarse de otra manera, toda vez que, a través del Derecho Penal el Estado lo que hace es preocuparse de cuestiones esenciales: la protección del individuo-víctima y su esfera jurídica; y, de otra parte, el mantenimiento del orden social.

Examinada entonces la reparación desde esta óptica, es un resultante jurídico inevitable, dentro del contenido sancionatorio de la conducta tipificada como delito.

Hasta aquí se ha visto que este derecho en lo penal, es un derivado de la sanción impuesta como repercusión del ilícito penal. Es decir, todo está apuntado a observar la acción del agente, la misma que con posterioridad al ser calificada como delito, es penada y como otro de sus efectos, estaría la reparación integral.

Derechos de la víctima de la comisión del ilícito

Hemos analizado de manera general, la naturaleza jurídica de la reparación de daños en el medio penal. Sin embargo, es posible identificarla como una figura con notorias distintivas. Una de estas es que esta institución se convierte en una facultad, en atención a que la acción civil se deriva del delito.

Se trata de una garantía legal para la víctima; una reivindicación en sus derechos. Más todavía, cuando legis-

laciones en el mundo incorporan a sus sistemas en forma acentuada como un derecho:

“Derechos de la víctima:

...Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible”. Es lo que dispone el Art. 109, Letra C, del Código Procesal Penal de Chile.

No obstante, esta protección no solo se limita (en el caso chileno), a la mención de poder ejercer la acción civil en el proceso penal y alcanzar una reparación por haber sufrido un hecho dañoso, sino que da la posibilidad a la víctima, de participar en un asunto de una manera activa, tendiente a fundamentar con pruebas sus pretensiones; así como solicitar medidas cautelares a efectos de que sus derechos no sean burlados por el imputado durante el proceso:

“...la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda...”

“...Asimismo podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas...”

(Art. 61 del señalado Código).

Al tenor de lo transcrito, bien cabe dejar de manifiesto que la reparación en cuanto derecho, es una institución de matices interdisciplinarios, pues el Derecho Penal lo regula; lo procesal en este aspecto organiza la forma cómo ha de aplicarse; por último, el origen y sus estructuras ya elaboradas son un aporte del Derecho Civil.

Se trata entonces de un derecho que nace a partir de la comisión de un ilícito sancionado y tipificado como delito o cuasidelito. Ahora, para que adopte los ribetes de una facultad, que pueda ser accionado en tiempo y forma, deberá darse otro requerimiento, cual es la existencia del daño; esto, toda vez que puede darse el caso de delitos que no causen daños o perjuicios y frente a esos acontecimientos no puede existir responsabilidad civil.

Por eso es que al inicio de este capítulo se reseñó que el delito puede acarrear para su autor hasta dos facetas de responsabilidad, recalando que a más de la penal (de la se encarga el Estado, a través de los órganos respectivos. Por supuesto, se hace referencia a los delitos de acción pública), está la de carácter civil, en cuanto potestad de la víctima, a la cual nos estamos refiriendo.

En ese alcance, aquella representa un gran aporte del Derecho Civil, pues lo que hace es tomar una representación ya elaborada (el Derecho Penal), y la aplica en sus plenas dimensiones a sus necesidades (relacionadas a los derechos de la víctima). Así se aprecia que, instala como regla la reparación natural o “in natura”, y en caso de no poder aplicar dicha “forma de reparación”, emplea la denominada “reparación pecuniaria”.

Ya en el ámbito procesal, si bien la reparación de daños puede ser accionada dentro de un juicio penal, no significa que, de acuerdo a ciertas posturas doctrinarias y sistemas legales, no pueda ser ejercida a través de juzgados o tribunales civiles. Por último, existen sistemas mixtos que han adoptado muchos ordenamientos jurídicos.

Esto nos da a entender que no hay un solo criterio a efectos de erigir un mecanismo de tramitación único. De todas formas, lo conveniente para la víctima en el accionar tendiente a buscar una posible reparación, es a través del mismo proceso penal y resuelta por el juez penal. La existencia de esta vía procesal como facultad, evidencia el interés del legislador para con el perjudicado en la defensa de sus derechos.

El sistema procesal penal moderno, con base en los principios de protección de la víctima, representa sin duda un elemento útil para la consecución de la reparación en este ámbito del Derecho.

Haciendo referencia a los alcances que puede tener, cuando es consecuencia del ilícito penal, ésta puede ser de carácter patrimonial (menoscabo de los bienes materiales, económicos, disminución o daño del patrimonio, etc.), o de índole extrapatrimonial, (lesión de derechos o bienes inmateriales, componentes de la esfera jurídica propia de la persona). Sin descartar que un hecho ilegal sea el causante de ambas formas de reparación.

Esto, en cuanto a lo que podríamos citar aspectos positivos (visto como atribución de la víctima). Pero, concurren no solo posiciones doctrinarias sino normas de derecho positivo que, al mismo tenor de apreciaciones jurídicas -de un derecho-, puede quedar en la impunidad, como una derivación en la prevalencia de los principios de libertad. Es decir, no siendo una pena, ni siquiera accesoria; tampoco teniendo el atributo de castigo real al autor del ilícito, y no existiendo ninguna posibilidad de asegurar la reparación.

En lo respectivo, cabe citar lo dispuesto en el Código Penal peruano. Este puntualiza que, cuando la pena a imponerse sea menor de cuatro años; considerando de otra parte la personalidad del agente que dé confianza de no cometer nuevos delitos, el juez frente a tales referencias puede resolver otorgando la suspensión de la ejecución de la pena, fijando para ello el acatamiento de lo que dicho código llama “reglas de conducta”, entre las que se encuentra la reparación de los daños ocasionados por el delito. Pero ante la desobediencia de la “regla de conducta” de reparación, consecuencia del ilícito, la jurisprudencia de dicho país ha acentuado que, con la sola excepción de las obligaciones por pensiones alimenticias, es revocable aquella en los demás casos. Como se puede observar, esta teoría, da total prevalencia al principio de libertad del sentenciado y se basa en que, si a un individuo se le obligaría a cumplir para con el perjudicado, reparando los daños causados, se estaría -a su vez- atentando contra el principio de que no hay prisión por deudas.

Artículos 57, 58, 59, Código Penal del Perú.

El cimiento de estos puntos de vista es que la reparación del daño derivado de la ilegalidad penal, es una obligación de índole privado y patrimonial; por ende, se encuentra regulada por las leyes civiles y sus procedimientos.

La reparación considerada como pena de carácter público

En el Derecho Penal, la noción de bien jurídico, referente a los derechos aquí protegidos y amparados, posee una natural relación con la figura de la reparación, toda

vez que ocurrida la lesión o ataque a estos bienes, es cuando toma relevancia aquella.

En los actuales tiempos, no solo a nivel de doctrina, sino de sistemas, puede situarse como es abordada la reparación, con perspectivas propias del ámbito penal y que se desmarcan totalmente de las funciones que cumple en el Derecho Privado en general. Así, es viable el sustento de que puede cumplir la función de “una pena de carácter público”.

En los ordenamientos en los que existe este tipo de normativas, el papel a desempeñar en un proceso penal, a más de ser novedoso, presenta una serie de situaciones que muchas de ellas todavía no pueden tener soluciones claras, no solo en cuanto a derechos de la víctima, sino en lo procesal. Pues, cuesta aceptar que el Ministerio Público esté exigido a solicitar su imposición y que debe aportar pruebas para que el sentenciador así lo resuelva.

La legislación mexicana regula la reparación como pena pública, sin dejar de disponer como un derecho de la víctima del ilícito penal. Fija asimismo, la obligación del Ministerio Público para solicitarla y que el juez no puede absolver al acusado si se ha dictado una sentencia condenatoria en su contra.

Sin embargo (dentro de ese mismo país), existen sectores que no están de acuerdo con estas consideraciones y critican este designio, por lo que han sido tildadas de tradicionalistas.

En cuanto a las legislaciones que han dado este tipo de propuesta jurídica a este instituto, asientan, en que se trata

de políticas criminales. Esto es, dicho acomodo obedecería a razones de índole domésticas.

A manera de ejemplo, acerca de la vigencia de esta teoría en el plano del Derecho Positivo, se puede citar (como ya lo anunciáramos), a la legislación mexicana, más en específico el Código Penal para el Distrito Federal de México, que ha adoptado esta presencia, al sostener que:

”...La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado”...

(Inciso primero del Art. 86, del Código Penal para el señalado Distrito).

El cumplimiento indefectible que la Ley impone (en el caso de dicha legislación), al sujeto activo del delito, de reparar el daño causado a la víctima, tiene de fondo el reconocer a esta, como pena pública. En ese argumento, es una imposición al Ministerio Público, de realizarse dentro del proceso penal, de oficio; configurándose así el apuntado carácter.

No obstante, esta teoría deja abierta la posibilidad de que (desde este punto de vista, ya no siendo derecho exclusivo del perjudicado), sea el propio Ministerio Público quien asuma este papel. Pudiéndose dar un tipo de conflicto de intereses, toda vez que (en cuanto derecho, significa que es algo privativo), resultaría un caso de imposición hacia la víctima y aquello es inviable.

Lo positivo sí es en cambio, y que débese destacar, al margen de las naturales confrontaciones doctrinarias, que

el lesionado obtiene una considerable protección para sus derechos, en una condición que de por sí ya le es difícil.

La reparación como medio alternativo de sanción

La búsqueda de formas tendientes a solucionar los conflictos jurídicos en el Derecho Penal, hace que el legislador se aleje de la tradicional teoría absolutista de la pena; y más aún, de la prisión, las medidas de seguridad o las multas, para adentrarse en la utilización de instituciones que, sin ser propias de su entorno, contribuyen en forma eficaz para sus finalidades.

Los sustentos de que la reparación puede ser estimada como un medio alternativo de sanción, surge ante un panorama actualizado, toda vez que los bienes jurídicos que son tutelados por el Derecho Penal, cuando han sido objeto de ilegalidades, la pena es una de sus respuestas naturales (al margen de cómo se considere esta: retributiva o preventiva), y la reparación se hace presente como el desenlace civil del delito.

Este es el campo que tampoco ha podido ser ignorado por los tratadistas para el impulso de fundadas defensas, sobre la función que cumple, más allá del simple derecho del perjudicado.

Quizá, una de las finalidades más comunes de la reparación en el Derecho Penal, es de ser un derecho de la víctima; se las ha llamado a estas teorías que abogan por esta finalidad, como las de tendencia clásica. Pero, de otra parte, hemos visto que, en cuanto se le exige al autor del ilícito, como condicionante de algún beneficio legal, adopta la naturaleza jurídica de “pena pública”; o cuando se

desempeña de sustitutiva de la pena de prisión, como una especie de requisito de la Ley penal, previo la exención de aquella.

A modo de reflexión, a raíz de lo expuesto, es de referir que, de ninguna manera, por el hecho de las intenciones propias aquí marcadas, ésta, proviniendo y guardando sus rasgos jurídicos que le ha dado el Derecho Civil, significa que esté desplazando hacia el entorno penal.

Todo indica que los diferentes objetivos que un sector del Derecho les asigna a sus instituciones, cualquiera fuere su origen, no tiene límite, y la reparación con sus funciones encomendadas es el mejor ejemplo de ello.

No debería sorprendernos entonces, cuando postulados modernos apuntan a justificar que puede convertirse en un medio de sanción -se puede decir autónomo-, de la misma talla jurídica que la prisión, las medidas de seguridad o la multa. Esto es lo que se ha dado a llamar como una tercera vía y obedece por supuesto - entre otros aspectos- a intereses de política criminal, que llevan adelante los diversos sistemas, acorde a sus necesidades sociales. Sus sostenedores han manifestado como algo positivo de esta tendencia, que es una forma por la cual el Estado considera al perjudicado como un actor principal, ya que como parte interesada debe asumir un rol que hasta hace poco era olvidado, no obstante tratarse de sus intereses, que han sido materia del hecho dañoso. Dicho actuar, es una expresión clara y categórica de la justicia restitutiva.

Esta alternativa encuadrada por el Derecho Penal a la reparación, se desmarca de su sistema tradicional. No obstante, el objetivo es cumplir con los designios de toda

pena -entre otras- la “prevención general”, toda vez que trasciende al conglomerado social, con el resarcimiento del daño derivado del ilícito, creando un efecto de confianza y con ello normalizando el ritmo de la norma vulnerada.

Para sus impulsores, esta propuesta de la reparación se encuentra por encima de todo; no obstante, el afectado o víctima, además encuentra una solución frente a sus intereses vulnerados; aunque esta última, solo puede estimarse como una consecuencia.

De otra parte, está claro que lo que se busca a través de esta aspiración de “medio alterno de sanción”, son los mismos objetivos que con la prisión, por ejemplo; vale decir, resolver el conflicto social creado por el delito. Todo ello con el concurso del perjudicado.

Mucho tendrá que avanzar el legislador al respecto, sobre todo, amoldar las instituciones penales que puedan ser objeto de este nuevo tipo de pena.

Es de mencionar que, no solo en el campo de la doctrina está prevaleciendo esta posibilidad de sanción alternativa que le ha dado el Derecho Penal a la reparación. Diversos ordenamientos han incorporado esta figura con bastante éxito; cumpliendo roles categóricos en cuanto a sus objetivos se refiere, volviéndolos con ello más flexibles los arcaicos sistemas penales.

Citamos así al nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana, que a través de su Art. 44, expresa:

” La acción penal se extingue por... ..resarcimiento integral del daño particular o social provocado, realizada antes de juicio, en infracciones contra la propiedad sin

grave violencia sobre las personas, en infracciones culposas y en las contravenciones, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso” .

En otra situación, el Código Procesal Penal de Chile, con objetivos similares ha regulado acorde a estas nuevas tendencias, al dictaminar que:

“Procedencia de los acuerdos reparatorios.

El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios...”.

“Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos...”. (Art. 241).

Como se puede observar, la reparación en el Derecho Penal se desmarca de sus orígenes tradicionales (incluso dentro de esta misma rama del Derecho), y se apresta a desempeñar propósitos alternativos a la agotada teoría absolutista de la pena; dando nuevos horizontes al sistema punitivo.

CAPITULO IV

LA REPARACION EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Generalidades

En general, el Derecho Internacional a través de sus fuentes, se ha encargado de elaborar una serie de principios y directrices tendientes a poner en práctica por los estados correspondientes, máxime en materia de derechos del individuo.

La tendencia del universalismo de los derechos naturales se viene imponiendo y con ello su requerimiento de regularlos (entendiendo, en el ejercicio de esta actividad, su garantía). En consecuencia, toda persona, por su sola condición de tal, desvinculado de su identificativo de extranjero, es sujeto del Derecho Internacional.

En cuanto a la institución de la reparación, si bien tiene su origen en el Derecho Civil, esta ha sido acondicionada por sectores específicos del Derecho Internacional a sus propias necesidades. Vemos en esta inclinación, como se le ha reservado (en términos amplios), roles preponderantes para sus objetivos: la protección del individuo, independizado de su nacionalidad u otro. Y no por eso ha perdido sus orígenes que le dio el Derecho Privado; ni menos que aquello puede ser una señal de estar emigrando hacia el Derecho Internacional.

En efecto, ocupándose como lo hace esta rama del Derecho, de los derechos elementales del ser humano, quien más que ella para proveerle del adecuado ropaje jurídico a

figuras como la reparación, a efectos de convertirla instrumento preciso. En esta interpretación, no solo fija directrices, sino que, acontecido su inobservancia, obligará a su realización.

Pero, más allá de sus orígenes específicos, es evidente que cada rama del Derecho que la adopta, la vincula a propósitos adecuados, acorde a sus preeminencias. Por eso es que en el contexto del Derecho Internacional alcanza dimensiones jurídicas propias y únicas.

Pasa a ser aquí una institución muy dinámica, que va a estar siempre acorde con la evolución social, no de un medio determinado. Aquello resulta otra distintiva, en cuanto a que, de manera concreta, está por sobre las propias leyes de un sistema jurídico.

No se trata de un acogimiento generoso de las constituciones a institutos como estos, sino, una necesidad vital de aquellas. Pero por una “comodidad” de ciertos sistemas, muchos de estos institutos no han alcanzado a extenderse tal como el Derecho Internacional lo ha recomendado, volviéndose letra muerta o con una inoperancia inentendible.

Si en el Derecho Civil la finalidad de la reparación es el restablecimiento de las cosas al estado anterior al hecho dañoso, en el Derecho Internacional este objetivo muy difícil puede ser alcanzado, por cuanto al surgir el daño, ha de tener inherencias que no permiten cumplir -generalmente- tal propósito.

Debido al objetivo que le asigna el Derecho Internacional, asume un encargo (en términos amplios) de carácter proteccionista, por cuanto va a enfocar la situación desde

el punto de vista de la víctima y de las manifestaciones del daño. Por ello, no solo se vale de concepciones apropiadas, sino que busca la forma de cumplir con ese cometido.

Tal es la jerarquía dada por esta parte del Derecho a su objetivo, que trasciende sus fronteras hacia el campo del Derecho Interno, en el incorporado de que dicta las directrices necesarias y exige normas expresas a efectos de que los estados signatarios de un convenio regional cumplan con tal acometimiento. Lo significativo de todo, es que lo hace a través de normas concretas.

En síntesis, el Derecho Internacional ha amoldado a sus necesidades y le ha dado inherencias propias, diversas de las que le da otras ramas del Derecho a la reparación.

Pero es de remarcar su amplio objetivo, ya que extiende asimismo sus fronteras hacia el campo procesal; es decir, este propósito lo asume de una manera integral, al ordenar que los mecanismos para su consecución, deberán ser ágiles y eficientes, y esto obliga también a los estados, a efectos de que adopten procedimientos expresos para estos fines.

Así, la reparación posee vía libre para exteriorizarse a través de diversidad de formas, conforme a la gravedad de perjuicios sufridos por el quebrantamiento de los derechos elementales, para adecuarse a estos, y no como ocurre en otros sectores del Derecho, donde la víctima del ilícito se somete a sus condiciones. Esto refleja su dinamismo y su constante evolución.

No es demás señalar que, dentro de la valoración global que le asigna al individuo, ha provocado la creación

de lo que se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y es allí donde la reparación desempeña un rol preponderante, que contribuye a la protección y respeto de los componentes de esa categoría jurídica de la persona.

La reparación en el ámbito de la Convención Americana de los Derechos Humanos

Nos hemos ocupado de las cualidades que adopta la institución de la reparación en el Derecho Internacional y otras.

Respecto al destinatario, es el individuo. Más precisamente, cuando ocurre un atentado en sus derechos elementales. A ello se orienta el *corpus juris* de esta parte del Derecho, que a su vez trae otro resultante: establecer la tranquilidad social internacional alterada por el daño. La reparación acude aquí con una distinción institucional, amplia y dinámica.

En otro pasaje, siendo el Estado en su constante interrelación, principal sujeto que ocasiona quebrantes a la persona en sus derechos, este solo hecho, de por sí sobrelleva la posibilidad de inobservancia de los mismos y con ello una irremediable sanción de lo cual deriva la reparación. De otra parte, puede darse una infracción de manera directa e intencional. Ante tal situación -sostenemos-, la acción de parte del Derecho Internacional no debe emanar mirando las consecuencias dañosas en la persona; vale decir, implantando una reparación como tal; debe trascender el objetivo de la protección de la esfera jurídica de la víctima, toda vez que y como ocurre en otros sectores del Derecho, en las acciones ilícitas cuando se da solo la culpa

implica una simple sanción; mas, existiendo la intención de cometer un ilícito, el castigo corresponde ser drástico. Entonces, debe abarcar aspectos que contemplen correctivos similares al Estado infractor, sin que sea el objeto puntual, sino que sea una más, tendientes a la protección de los derechos naturales. Bien podríamos llamar a esto último, un “objetivo de la reparación”.

En estas circunstancias, la Convención Americana sobre Derecho Humanos, estatuye aplicaciones únicas. De una parte, señala en forma expresa los derechos subjetivos de la persona que son de su tutela (Capítulos II y III); así como, en casos concretos y puntuales, dispone la respectiva reparación ante la inobservancia de los mismos (Arts. 10, 21. 2, etc.). De otra parte, instituye obligaciones a los estados, induciendo al pleno respeto y garantía de los mentados derechos y a “adoptar disposiciones de derecho interno” que tiendan a dichos objetivos (Arts. 1 y 2).

Y a diferencia de lo que ocurre con otras declaraciones o convenciones que regulan sobre el tema, es de relevancia la existencia de un órgano jurisdiccional (la Corte Interamericana de Derecho Humanos), que interpreta y aplica la reglamentación de la Convención. Esta última, a través de su jurisprudencia ha instituido en reiteradas oportunidades que el objeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es imponer penas a quien ha sido declarado culpable de su quebrantamiento (concretamente al Estado), sino la reparación de los daños causados a la persona.

De todas formas, no es contradictorio pensar que la reparación en el Derecho Internacional alcanza el ribete de sanción dirigida a los estados, que hayan actuado lícita o ilícitamente inobservando dicha reglamentación.

Como ha quedado de manifiesto, los principios del Derecho Internacional en cuanto de los derechos subjetivos se ocupan y su protección, no solo se limita a lo atinente a la doctrina. Su campo de acción se impone a través de textos legales específicos, ya sea en el plano de lo sustantivo como de carácter procesal.

No es redundar remitirse, en términos amplios, a las diversas convenciones regionales por medio de las cuales se le ha dado una función preponderante a la reparación, a tal punto que los estados respectivos acogen su contenido, incorporando a sus ordenamientos jurídicos.

En el alrededor de la norma adjetiva (se hará en su oportunidad un análisis adecuado al respecto), el Derecho Internacional se ha valido de esta, para, dándole características propias, adecuarla a su desempeño.

Todo lo estructurado en este terreno está dirigido a cumplir con apostolados propios, en cuanto a que la víctima tenga todas las posibilidades para una adecuada reparación. Una clara muestra de lo señalado es el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en comparación con los clásicos procedimientos judiciales, se desmarca de sus férreas formalidades y de sus fríos rituales para convertirse en el instrumento adecuado, dotado de eficiencia, en su predicho objetivo.

La reparación como forma de protección de los derechos subjetivos, en esta rama del Derecho

Estamos en tiempos donde la tutela de los derechos de élite dejó de ser materia exclusiva del sector constitucional. La evolución de su concepción internacionalista se ha

impuesto al principio de la autosuficiencia del Estado; lo que es más, el constitucionalismo nacional ha sido rebasado por el proliferante supranacional. No por otra cosa, sino por ocuparse con determinación de la persona en todas sus condiciones.

Una de esas muestras es que el Derecho Internacional en la aplicación de instituciones como la reparación, lo hace de un modo concluyente, demostrando que esta puede cumplir destinos, acorde a sus finalidades en el propósito antedicho: esto es, el de índole garantista.

Veamos en breve, en qué consiste la iniciativa de protección de los derechos elementales (que ha sido adoptado, a través de constituciones o incorporando a los sistemas jurídicos las convenciones regionales respectivas).

La tutela de tales derechos está definida como un deber asumido por los estados de la forma ya indicada. Se trata, más allá de una competencia genérica, de un proceder que para el ciudadano común toma importancia en el instante en que ocurre un quebrantamiento. Para el funcionamiento de esta propuesta ha de ser perentorio la falta del Estado al compromiso de salvaguardia, que se manifiesta a través de diferentes conductas, cuya regulación es cimentada con antelación; destacándose de entre sus formas la reparación. Y, aunque si bien, en este entendido organiza normas de procedimiento, éstas, merecen de nuestra parte, ciertos reparos y que podría ser materia de otro tema específico a tratarse.

La “obligación de protección”, acordada por la Convención Americana de los Derecho Humanos, nace del contenido de su Art. 1.1, que se refiere a “garantizar” el

libre y pleno ejercicio de las libertades y derechos de todo individuo. Es así que, dada una vulneración, opera el principio de protección y ante su incumplimiento, proviene el deber de responder, siendo la reparación un medio a través de la cual se intentará subsanar de las consecuencias del hecho dañoso al afectado.

Esta institución en el Derecho Internacional, se ha erigido en un pilar de soporte del principio garantista de los derechos elementales. Pero, ¿qué pasa cuando esa garantía se incumple con intencionalidad? Ante tal situación fáctica debe operar una debida sanción acorde a la inobservancia; consideramos que esto potenciaría dicha institución.

Lo señalado, tan solo en cuanto a los hechos consumados por la efectiva contravención. Mas, en lo atingente al cargo de garantizar su vigencia, su incumplimiento es un perjuicio que ocasiona el Estado al individuo. Sostenemos al respecto, que también se debe responder, pues se trata de una ilegalidad delicada frente a una exigencia impuesta por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, siendo parte de estas exigencias garantistas la instauración de un recurso sencillo (al que nos referiremos más adelante), no solo que representa una falta grave a las imposiciones de la citada Convención, sino que con ello se perjudica al lesionado. Este es un detrimento que se comete con insistencia y que, a nuestro juicio, sería causa de reparación en un momento dado. De aplicarse, ceñido a sus intenciones, el principio garantista de los derechos elementales que ha estatuido el Derecho Internacional y en sus plenas dimensiones, es de concluir que el Estado es el principal ente que ha faltado con persistencia a estas consignas universalistas.

Supremacía de los principios establecidos en el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, en materia de reparación

En concomitancia con lo expuesto en el numeral anterior, donde la internacionalización de la tutela de los derechos subjetivos es un hecho palpable, no es casualidad que sea el Derecho Internacional el que establezca las directrices respectivas, en lo concerniente al tema, en su respeto y su garantía. Más en estos tiempos, donde se da la prevalencia del principio que el Estado no puede invocar su propia normativa para eludir sus compromisos con antelación adquiridos.

Su expansión ha sido enorme durante las últimas décadas. Empero, no se puede olvidar que han sido circunstancias históricas las que influenciaron en sobremanera para el crecimiento de estas teorías. Demás está señalar acontecimientos como la Segunda Guerra Mundial, que con sus horrores a cuestas, grafican la antesala de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), entre otros.

No obstante (y en épocas más recientes), existen otros referentes que están incidiendo a efectos de regular sobre los mismos, que atientan contra los derechos subjetivos; aunque quizá de una manera menos cruel, no por eso dejan de ser contundentes y letales. Nos referimos a problemas de magnitud ambiental o derivados de la tecnología, entre otros. Por ello es que esta rama del Derecho está en forma constante situando nuevas figuras jurídicas y formas de “garantizarlos”.

Resulta entendible, al tenor de lo expuesto, la prevalencia de las pautas instauradas -de manera general- en

normas Internacionales por sobre los sistemas internos; los que se han limitado a implantar y acoger en sus respectivas leyes las definiciones puntuales, y la reparación de daños no es ajena a esta costumbre institucionalizada.

Pero, no solo existe un despunte de estos criterios del Derecho Internacional, sino que, ante conductas dadas, los sistemas internos no han sido capaces de explazarlos. De allí que sea inerte la sola repetición a través de sendas declaraciones en las constituciones, por lo que -muchas veces- han sido letra muerta; por ende, inservibles para fines prácticos. A tal punto llegaría esta “comodidad”, que frente a diferencias o situaciones conflictuales entre este tipo de normativas con las de Derecho Internacional, aquellas, fundan la supremacía de estas últimas en forma unánime.

De lo expuesto se desprende que en la superficie de la reparación ocurre lo ya apuntado con el resto de los derechos subjetivos; esto es que, se trata de una institución con plena vigencia interna, acorde a las directrices y bases dadas en este sentido por el Derecho Internacional.

En lo puntual, la mayoría de las normativas de los diferentes países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han acogido en forma parecida estas reglamentaciones, dándoles lugares preponderantes en forma expresa.

A manera de ejemplo señalamos:

La Constitución de México, manifiesta que los tratados internacionales “se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal” (Art. 133).

En el caso argentino, el Art 75, inciso 22, al referirse a las atribuciones del Congreso, edifica dos reglas importantes acerca del valor jurídico de los documentos internacionales: de una parte, ha exteriorizado que “todos los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”; de otra, en el caso de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, estos gozan de jerarquía constitucional.

Otra de las maneras -por así decirlo-, por las cuales el Derecho Internacional ha tenido incidencia en los sistemas internos, se da por los significados que estos últimos han de realizar respecto de sus propios contenidos dogmáticos cardinales, conforme las inferencias y las jurisprudencias de los entes jurisdiccionales (en nuestro caso, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Esto ha permitido que muchas constituciones regulen imperativamente. Citamos así, la Constitución española que establece:

“...las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esas mismas materias ratificados por España”.

(Artículo 10. 2).

Por lo indicado, es concluyente que sea de la forma que fueren incorporados al Derecho Interno toda esta clase de incidencias (documentos internacionales y similares), que protegen los derechos subjetivos en forma general, son los que están prevaleciendo sobre las de un ordenamiento jurídico. En tal razón, la reparación (en cuanto derecho regulado por el Derecho Internacional) no solo que ha sido

potenciada jurídicamente, sino que goza de una jerarquía constitucional indiscutible.

Dimensión jurídica otorgada por el Derecho Internacional a la reparación

Si bien es una realidad, ver como ramas del Derecho emplean para sus objetivos a la institución de la reparación, otorgando características específicas con las cuales acondicionan para sus finalidades. Este criterio también involucra al Derecho Internacional; más en específico, de los derechos fundamentales del ser humano.

A diferencia de lo que sucede en el mismo Derecho Civil, donde depende de su evolución y siempre va a estar supeditado a sus cambios; en el Derecho Internacional, es una figura jurídica con una especie de autonomía en constante expansión (a su tiempo se tratará sobre el tema).

Señálese, asimismo, que aquí son los tratados y las convenciones internacionales en cuanto a normas se refiere, los que han proliferado todas estas particularidades. Una muestra de su expansión se presenta por medio de la jurisprudencia existente al respecto.

A tal punto alcanza su dimensión en el Derecho Internacional, que aquella no solo toma formas que la llamaríamos directas, en cuanto a su designio se refiere, como puede ser: la restitución, la indemnización, la compensación, etc., sino que alcanza “objetivos indirectos”, que por ser derivados del hecho dañoso busca una verdadera “reparación integral” a la víctima. Destáquese como una de estas manifestaciones (en el caso de muerte o desaparición de personas), el derecho a saber la verdad sobre aquellos epi-

sodios, entre otros. En otras palabras, no solo se preocupa de los derechos de los afectados inmediatos, sino de la sociedad entera, a efectos de que sucesidos de esa índole no se repitan; con una clara finalidad preventiva.

Estamos sin discusión, ante una institución jurídica vanguardista, de ilimitados alcances, toda vez que esta parte del Derecho le otorga facultades amplias en su misión de proteger de la mejor forma posible los derechos de rango fundamental.

Los tratados y las convenciones como fuente específica del derecho de reparación

Es cada vez más imperante el principio de que los derechos naturales consolidados en los tratados internacionales han de incorporarse a los ordenamientos internos; a su vez, formando parte del ingrediente dogmático de las constituciones.

Tales puntos de vista no están ajenos a las críticas de sectores conservadores que avizoran una suerte de crisis del concepto soberanía y Estado Nacional; vale decir, con una visión egoísta, anteponiendo por sobre el pensamiento del “bien común internacional”, sus limitados sostenes de “bien común nacional”.

De todas formas, todo parece indicar que se avanza de un modo inexorable hacia la primacía del denominado constitucionalismo supranacional e internacional, con todas las implicaciones jurídicas que aquello acarrea (la vigencia de órganos jurisdiccionales supranacionales e internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, por ejemplo), a cambio del constitucionalismo interno o nacional, propio del concepto Estado-Nación.

Frente a esa antesala, es de tener presente que los tratados y las convenciones internacionales totalizan a su vez una de las fuentes centrales del Derecho Internacional. Incluso, así reglado por el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por lo que, el cuerpo jurídico del Derecho Internacional, en materia de la reparación de daños -entre otros- está formado por el conjunto de estos instrumentos internacionales cuyo objetivo está orientado al respeto y garantía de los elementales derechos.

Ya hemos analizado que, a tal punto llega las

consideraciones otorgadas (ya distinguidas), que dentro sus sistemas legales, los países adherentes lo colocan a la par, o después de sus constituciones y siempre por sobre los mismos. Al respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos, ha formado lineamientos únicos, los que deben ser puestos en práctica frente a los casos concretos en que se vean involucrados los derechos básicos.

En el recinto procedimental, también se da la influencia de los instrumentos internacionales objeto de nuestro análisis. Aquí los formulismos para los efectos de realizar los derechos ante su quebranto, están volcados hacia una vía ágil y eficaz. El aporte de estas regulaciones apunta a que, una vez acaecido la infracción, puede actuar como un elemento alternativo ante la situación que no esté legislado en lo interno.

Tanto en el plano de lo sustantivo como a nivel de mecanismos de actuación, la participación de estos elementos

del Derecho Internacional, están encauzados a ser el soporte de los derechos subjetivos, incluso cuando la propia Constitución no los regula. Así, son de único valor las pautas dadas en este plano, las que deben los estados a través de sus legislaciones institucionalizarlas, y ante la falta de regulaciones internas, pueden ser aplicables las disposiciones de estos cuerpos jurídicos.

En esta materia, son estos instrumentos

internacionales los que conforman su contenido y es lo que termina imponiéndose en los ordenamientos de los estados signatarios, como un mecanismo de protección de la persona y sus derechos.

En todo caso, es de insistir aquí, que no se ha limitado a la enunciación de patrones, sino que es la vertiente de normas sustantivas expresas y de precisar reglas adecuadas en general, con clara incidencia en los sistemas internos de los Estados Partes.

CAPITULO V

EL ESTADO COMO SUJETO DE CUMPLIMIENTO DE REPARACION A LA PERSONA

Acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado

En este sentido, si bien el universo de la exigencia a la Administración Pública es muy amplio, en el presente estudio se abordará en términos generales, en lo que dice relación a la inobservancia de los derechos fundamentales, frente a lo cual dicho deber toma formas que van más allá de lo patrimonial. Y este es un precedente para considerar que cuando nos referimos a este tipo de adeudos, no cabe hablar de una simple responsabilidad patrimonial, sino, y en expreso, del sinnúmero de formas, frente a los derechos subjetivos.

En ese contexto, la regla general es que el Estado solo responde con el patrimonio por sus actos; más bien por los de sus agentes y la de los organismos públicos autónomos cuando estos hayan causado daño ya sea en la persona misma o en sus bienes a los particulares, con motivo del ejercicio de la actividad administrativa.

Puede decirse así, que este tipo de responsabilidad es la obligación de reparar los daños causados, en el ejercicio de la función pública, realizada esta a través de actos, hechos o contratos.

Por otro lado, se ha dicho que esta figura jurídica cumple varios destinos esenciales dentro de una sociedad organizada; entre estas, como mecanismo de control de poder;

dando vida con ello al principio de “sumisión del poder al Derecho”. Haciendo factible el control de legalidad, o si se quiere la interdicción de la arbitrariedad con respecto a los actos de los diversos órganos estatales; y, desde la perspectiva del individuo, es una garantía para los efectos de lograr una efectiva reparación, cuando sus derechos o libertades hayan sido inobservados.

En el entendido que la responsabilidad patrimonial del Estado es un instrumento garantista, efectivo, directo (no en la fijación del mismo como principio), está dispuesta a los efectos de salvaguardar y asegurar la plena vigencia de los derechos esenciales asegurados por la Constitución. Haciendo de esta forma la debida diferencia de otras situaciones, ya sea en lo contractual o extra-contractual y de las cuales se encargan leyes especiales, donde están por ejemplo la que resulta por falta o funcionamiento anormal del servicio.

En líneas generales y dentro del marco expuesto, este instituto justifica su presencia incluso como una advertencia, que estará siempre latente ante cualquier posibilidad de evadir este tipo de exigencias, o para que el mismo Estado sepa que debe estar preparado para esta eventualidad.

Ante un acto ilícito que merezca una posible pena (a más de una reparación del daño), el individuo (sujeto natural), deberá responder penalmente de tal circunstancia. Más, en el caso del Estado, ese presupuesto recae -entre otras coacciones- sobre lo patrimonial, siendo hoy una de las formas de reparación. Así lo ha exteriorizado en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque, si bien no es el punto central lo pecuniario, es

muchas veces la mayor manifestación de las formas de reparación que se considere en una sentencia definitiva.

Bien puede decirse también, que, a más de evidenciar un sometimiento del poder al Derecho, la responsabilidad patrimonial del Estado, representa un castigo. Demostrándose que no obstante ser un ente jurídico de tales magnitudes, no es intocable; por tanto, puede ser juzgado y condenado como cualquier persona; que para el imperio de la ley no hay excepciones, ni si quiera el mismo Estado.

Pero la responsabilidad de la Administración, frente a la infracción de los derechos fundamentales, si bien puede centrarse sobre su patrimonio, no constituye tal accionar una simple suma de dinero, como si se tratara de cualquier bien que estuviere en litigio entre dos particulares. De allí que, no se puede hablar en estricto rigor que esto personifique una responsabilidad civil, por ende, ocupándose de regular el Derecho Privado. Todo lo contrario, estando de por medio los más básicos derechos y siendo protegidos por la Constitución, es esta la que debería dar soluciones legales necesarias para una reparación total.

Si bien, en el campo de la garantía de aquellos derechos, es este instituto un instrumento jurídico, que en alguna medida no deja impune un hecho dañoso, no es el único.

Claro está que, ni si quiera aquel tipo de reparación aplicado al hecho concreto puede ser suficiente como para lograr una satisfacción plena del afectado; más aún, cuando de por medio suelen estar derechos preciados del ser humano como el de la vida.

Hoy es de prioridad que aquella tome un rumbo distinto de la llamada extra-contractual; vale decir, que siga un camino propio, pues no se trata de una sanción simple a una actividad lícita o ilícita; material o de hecho, de actuación formal, reglamentaria o contractual. Por eso sostenemos la presencia de una responsabilidad más humanizada y más dinámica.

Nace la obligación del Estado de reparar el daño causado a las personas

a.- Generalidades

Observado el papel del Estado como sujeto a cumplir frente a los daños causados a las personas en sus derechos supremos, surge un postulado; cual es que la norma de Derecho debe ser el reflejo de la evolución social, en un momento determinado. O si lo realiza en forma desfasada, aquella se convierte en letra muerta, en algo inútil.

Complementamos lo expresado, al amparo de que, y ante justificantes de cada época, siempre estaba como el ente intocable. La *lex regia imperio*, en tiempos del imperio romano, facultaba al emperador poderes amplios “para el bien del Estado”, sin limitaciones de ninguna índole.

Ante este panorama, el punto de partida para los efectos de considerar como un sujeto capaz de responder ante un daño causado a un ciudadano, es con la aparición de lo que se ha dado a llamar como Estado de Derecho; vale decir, a partir de que se instituye para el mismo, un marco de acción que termina con el principio del Estado absoluto y que conlleva a la necesidad de fijar limitantes en su accio-

nar, surgiendo con ello la posibilidad de asentar reglas expresas para el desarrollo de sus complejas actividades. Es el nacimiento del nuevo concepto de Constitución, dando paso a la consolidación del constitucionalismo y todo lo que aquello implica.

A partir de allí las cartas políticas en el mundo, con celo recogen y ponen énfasis en el reconocimiento de las libertades y derechos de la persona, conquistas de las grandes revoluciones liberales de la época. Estos regulamientos se convierten en una especie de garantía natural de lo que le es inherente a todo ser humano y que no puede ser violado de ninguna forma.

En los inicios de esta institución, en cuanto a las características de la acción a seguir frente a un hecho dañoso en concreto, esta no variaba de lo que al respecto implantaba el Derecho Procesal Civil. Más, en lo relacionado a la forma de reparación, esta consistía en un aspecto cien por ciento patrimonial; cabe decir, en una indemnización. Y esto era comprensible, por razones obvias, no solo de persona jurídica, sino aspectos propios y únicos del Estado.

Paralelamente y por una necesidad natural de normativas que reglen las actividades de la institución estatal, la misma Carta Magna prevé el estatuto de los derechos inherentes a todo ser humano. De allí que se pueda señalar, que la sola actividad del Estado lleva implícita la posibilidad de su inobservancia.

Frente a tales circunstancias surge la institución de la reparación del daño causado a las personas y que tendrá características propias, distintas de lo que se puede ver en otras áreas del Derecho.

En lo dogmático, este deber tiene, asimismo, antecedentes en el principio de igualdad ante la Ley. Esto significa que existe ciertas imposiciones de rigor económico que la Administración, en forma legal puede imponer a sus ciudadanos. Mas, frente a todas aquellas que tengan la distinción de ser sacrificios, conforman cargas ilegales y en una sociedad organizada donde impera el Derecho, lo que corresponde es que se compense por esa arbitrariedad, y la forma para ello es a través de la indemnización, una de las manifestaciones de reparación.

b.- Antecedentes históricos.

La responsabilidad del Estado por sus actos que han causado daño en sus derechos a los particulares, es prácticamente reciente. Si efectuamos un resumen histórico al respecto, es para concluir que, desde tiempos de la antigua Roma, este era visto como una institución por sobre todos los individuos, por lo que sus excesos estaban permitidos; vale decir, el poder era absoluto, sin limitación alguna.

Durante la etapa medieval tal concepto no varía, pues “la voluntad del Rey es la ley” (se sostenía); siendo el monarca quien imponía su voluntad, y sus excesos, bajo circunstancia alguna era algo ilegal; más bien aceptado, con la predominancia de que “el Rey no puede ser juzgado”.

El imperio del poder fue siempre superior al Derecho, al no existir limitantes que introdujeran un marco de acción, prevaleciendo de este modo la voluntad del gobernante por sobre los propios intereses de sus gobernados. Bien se podría llamar a este período de la organización política, como la etapa del imperio absolutista del Estado,

pues como queda expresado, actuaba sin restricción alguna.

En específico, marca un cambio drástico en este aspecto, la nueva situación socio-económica de mano de la Revolución Francesa; aparece el llamado Estado de Derecho, que no es otra cosa que la vigencia del imperio del Derecho frente al poder y con las consiguientes limitantes para este último.

Es a partir de este instante en que se empieza a dar las primeras bases del nombrado principio de legalidad, remarcándose así la sujeción del poder a la Ley. De la misma forma, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, quedará sellado que el Estado tiene obligaciones y limitantes en cuanto a su actuar.

Como un ejemplo de esta nueva etapa, se señala el histórico fallo francés dictado en el año de 1873, por el adjetivado Tribunal de Conflictos, en el caso conocido como “*Arret Blanco*”. Se instituyó (entre otras cosas) que el cumplimiento de la Administración Pública no puede regirse por los preceptos del Código Civil; que se debe elaborarse reglas especiales, por ende, implantándose por primera vez que el Estado tiene responsabilidad objetiva (de la que nos ocuparemos más adelante), y con ello dejando en claro que este tipo de situaciones jurídicas pertenece al ámbito del Derecho Público.

c.- Teorías.

Es imprescindible tener presente, en el análisis de quien debe responder por el Estado, ante un daño causado a terceros, entre otros aspectos, los siguientes:

En primer lugar, quien interviene a su nombre en la ejecución de sus funciones es una persona natural, que, si bien actúa en el carácter de una actividad laboral, sin embargo, puede interferir mediante acciones subjetivas, provocando resultados diferentes de los que habría obtenido con el solo cumplimiento de sus aplicaciones. Frente al daño específico, es factible que éste sea entonces el resultado de un hecho culposo o doloso de parte del agente.

A partir de tales situaciones debe declararse quien debe responder por el daño: el Estado, a nombre de quien actúa su agente; éste, por ser el autor material del daño causado; ambos a la vez; en subsidio. Los sistemas a través de la historia, incorporaron todas las posibilidades anotadas, antes de que prevalezca y en definitiva, la teoría de la responsabilidad directa del Estado.

Se conoció como “la responsabilidad del funcionario público” o subjetiva, aquella que obliga a cumplir al agente por los daños y perjuicios suscitados a los individuos en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de un servicio. Algunas legislaciones la incorporaron por mucho tiempo, sobre todo durante el siglo pasado (el caso de México, que dejó atrás este sistema y el de la subsidiaria, con la reforma del Art. 113 de su Constitución, el 14 de junio del 2002, para dar paso al principio de la responsabilidad objetiva y directa del Estado).

Como una señal de “avance”, con posterioridad predominó una especie de cumplimiento parcial, al aceptarse la teoría de la subsidiariedad; o sea que el ente estatal, ante la imposibilidad del funcionario debía acudir frente a terceros perjudicados.

Hoy en día, es indiscutible la prevalencia de la teoría de su obligación en forma directa, la misma que, en definitiva, desde el punto de vista sustantivo, ha sido la solución para la víctima del hecho dañoso (volviendo al caso mexicano, ha establecido los correspondientes procedimientos para la efectividad de la reparación en estos asuntos). En todo caso, al margen de ser aquel quien responda por el acto dañoso cometido por su agente, le queda el derecho de accionar a su vez, en contra de este último por su actuación gravemente culposa, o de carácter doloso.

d.- La responsabilidad del Estado en la actualidad.

En términos generales, se ha visto que la obligación del Estado puede ser contractual o extracontractual. Esta ha sido regulada muchas veces sin mayor claridad por los principios del Derecho Privado o del Derecho Público (existe en nuestro medio abundante jurisprudencia al respecto). Ni la solución salomónica establecida por Cassagne ha puesto fin a los connotados, no por eso encontrados planteamientos de diversos tratadistas:

“...Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (v. gr. Bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre otros, el artículo 43 y las disposiciones de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la actuación administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público...”¹¹

Pero más allá de las controversias puntuales acerca de las normas que deben regir el papel del Estado en esta materia, y precisando, dentro de lo que la doctrina ha dado a llamar como responsabilidad extracontractual (aunque no estamos de acuerdo con este nombre cuando se hace referencia a los derechos protegidos constitucionalmente, pues, por tratarse de aspectos esenciales, debería dársele el nombre de responsabilidades de los derechos constitucionales), habíamos dicho, es a partir del nacimiento del Estado de Derecho donde este responde por sus acciones y lo hace como cualquier sujeto jurídico.

Cabe destacar sobre este punto, y por los sostenimientos que se realizan en esta obra, coincidiendo con una parte de la doctrina que así profesa, se enmarca dentro del campo del Derecho Público. Por ello es que no cabe hablar de responsabilidad civil del Estado como en equívoco muchas veces se señala. Excepto que con dichas expresiones se quiera referirse a lo en rigor patrimonial y para el caso en que una reparación de esta naturaleza se limite a una indemnización a la víctima.

Ahora bien, actuando como lo hace, a través de sus agentes, es unánime hoy en día el criterio que es la Administración la que responde por estos, de los daños causa-

11 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I (Buenos Aires, 1996). Editorial Abeledo Perrot. Pág. 271.

dos a los ciudadanos, como consecuencia del ejercicio de sus actividades; siendo este principio conocido como “de la responsabilidad directa”. Por ello es que el perjudicado no deberá demandar al funcionario, o en forma conjunta o subsidiaria, toda vez que al proceder de esa forma se estaría desconociendo la máxima que tiende a proteger sus derechos, que deben ser respetados y garantizados en todo momento. A contrario sensu, si no respondiere por los ilícitos de sus agentes, se entendería que ellos actúan con libre albedrío en sus funciones y por ende deben responder por sus actos. Pero el funcionario -en definitiva-, no se desempeña de ninguna manera bajo las consideraciones presupuestadas.

No vamos a ahondar en este análisis, toda vez que es casi unánime que los países en el mundo han reconocido, por medio de leyes expresas, inclusive por medio de sus constituciones este principio como institución.

Por último, a más de la predominancia de dicho postulado, impera aquel que alude al Estado como responsable -incluso- de sus actos lícitos.

Teorías sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado, frente al daño

Existen muchas teorías que intentan instaurar el cimiento para los efectos de que el Estado responda, en lo que la doctrina ha dado en llamar ámbito de lo extracontractual.

Nos limitaremos a resumir las más importantes:

a.- Teoría de la Doctrina de la ficción.

Esta teoría es sustentada por Savigny, quien dice que el Estado solo es responsable por los hechos lícitos ejecutados por supuesto dentro del debido marco legal. Según su punto de vista, las personas jurídicas no han sido constituidas para ejecutar actos ilícitos. Y ante la ocasión de las ilicitudes cometidas por sus representantes, no le es atribuible, toda vez que han sido cometidas por estos fuera del alcance de sus mandatos.

b.- Teoría organicista.

Su sostenedor es Gierke. Para este autor el funcionario público es un órgano, a su vez, de la gran entidad que representa la Administración Pública. De allí que, todo actuar de parte del órgano (funcionario público), es realizado por el Estado, siendo este en definitiva el responsable por todas las faltas que cometa aquel en el desempeño de sus funciones.

c.- Teoría de la proporcionalidad de cargas.

Según este punto de vista que fue formulado por Teissier, los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas a la comunidad. En consecuencia, todo lo que signifique daños causados a los particulares de manera ilegal, deben ser indemnizados por el presupuesto anual, que a su vez está conformado por los aportes del conglomerado. Erige como regla general, que las necesidades de la vida en común traen como resultados daños debido al ejercicio de las actividades del ente estadual, las que (a menos que el legislador diga lo contrario), deben ser soportados sin derecho a indemnización alguna por los habitantes. Mientras que, ante un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, cabe una indemnización por el

mismo, con lo cual se evita romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara sin excepción a todos los habitantes de una sociedad.

d.- Teoría de la responsabilidad por riesgo.

Es Duguit quien señala que el adeudo del Estado debe recaer sobre un seguro social. A su vez, soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que han sufrido un perjuicio como alcance del ejercicio de los servicios públicos que realiza en beneficio de todos.

Según este autor, debe darse la concurrencia de parte de aquel, cuando con ocasión de la actividad del servicio público, se causa un daño a un individuo. Incluso, en dicha actividad, va a estar latente la posibilidad de ocasionarlo. Existe una responsabilidad por riesgo.

e.- Teoría de la equidad.

Para Mayer (su creador), siempre que el Estado haya obtenido una ventaja en detrimento excepcional de un administrado, le corresponde indemnizarle a éste.

Existido el daño -según esta tesis- debe concurrir otro requisito, esto es, que rompa la equidad existente entre las personas que soportan impuestos, cargas públicas, etc. que son lícitas.

f.- Teoría de la estricta justicia.

Esta es la tesis sostenida por Sarría, a cuyo criterio el fundamento de la responsabilidad del Estado radica en las mismas personas o las cosas que tiene a su servicio. Es de estricta justicia, dice este iusfilósofo, que sea reparado el daño causado a la persona, ya que está en su esencia.

g.- Teoría de la solidaridad humana.

Su defensor es Altamira, para quien la participación de la Administración radica en el principio de la solidaridad humana. Sostiene que se debe a un acto de justicia distributiva, por lo cual la sociedad está obligada (frente al individuo en inferioridad, por hechos que no le han sido imputables, sino al Estado), con su fin social y este es el resarcimiento.

Como se puede observar de las propuestas citadas, dicen relación a aspectos generales de la responsabilidad de la Administración Pública, frente a acontecimientos cotidianos que se convierten en daños, como repercusión, ya sea de su normal marcha o de ilícitos cometidos por los funcionarios con ocasión de este ejercicio.

Sin embargo, dichas teorías, están ajenas a las ilegalidades intencionales cometidas por parte del Estado en el ámbito de los derechos de jerarquía constitucional. Incluso, en el caso de sus actividades apropiadamente amparadas por el sistema jurídico, pero que por sus consecuencias injustas, causan perjuicios enormes no solo a individuos en particular, sino a conglomerados enteros, como lo que ocurre en el sector ambiental.

En ese contexto, el sostén de esta responsabilidad en lo que respecta a este tipo de reparaciones, se encuentra en la supremacía de los derechos elementales. Tomando en consideración que frente los daños causados a los componentes de la esfera jurídica de la persona, opera un tipo de reparación única, con características propias, en la que el aludido responde a su vez, en forma directa, objetiva y donde esta institución se acondiciona a la magnitud de

todo derecho constitucional, no puede darse otro cimiento que su propia existencia; éstos por sí mismos implican una reparación íntegra cuando hayan sido inobservados.

En síntesis, sostenemos, que es el rango constitucional de estos derechos, la suficiente justificación para que el Estado responda por su transgresión, ante el panorama expuesto.

El principio de la responsabilidad objetiva del Estado en este contexto

Con el predominio del principio de la responsabilidad objetiva, firmemente se afianza la protección de la persona; pues se parte de la base de que, deberá responder reparando los daños sean estos ilícitos o lícitos, regulares o irregulares, legítimos o ilegítimos, causados en derechos y bienes.

Anótese, y en clara reafirmación del valor sumo otorgado a los principales derechos, lo que se aprecia es su protección. Esto se da por la valoración al perjuicio que sufre el individuo, como el hecho antijurídico; contundente consideración y que tiene mucha relevancia en el aspecto procesal.

Pero, ¿cual es el apoyo de este elemento en cuanto principio jurídico?. Consiste en suprimir de sus requisitos, la imputabilidad del hechor. No entra a calificar las razones subjetivas con los que actuó el agente; solo se distingue las derivaciones perjudiciales, desligado hasta del actuar lícito y prudente.

Según sectores de la doctrina, tiene sus referentes fácticos esta institución en que las actividades cotidianas de los individuos, a la par del avance de la tecnología, antes que nada, es una creación de riesgos (antecedente del daño). De allí que, cuando ocurre ante este panorama un daño, éste es repercusión directa de aquel. El responsable es entonces quien lo origina (teoría del riesgo creado).

Se desprende de lo expuesto, que en el aludido concurrente no existe el incumplimiento de un deber, como tampoco es producto de la inobservancia de una ley, tan solo basta la concurrencia del riesgo creado por el agente, para que este sea el responsable de los daños resultantes.

Cabe señalar que el predominio del principio de la responsabilidad objetiva reafirma el sustento de que el individuo no tiene la obligación de soportar ningún tipo de daño, aunque este provenga de un acto lícito por parte del Estado, y si ello aconteciera será de su deber la reparación. Sin duda, es la prevalencia de los derechos del hombre sobre cualquier tipo de interés lo que se pone de manifiesto cuando se exime de todo obstáculo la posibilidad de obtener una reparación frente a una vulneración de los mismos.

Esta particularidad es la diferencia elemental de situaciones jurídicas similares, toda vez que el postulado de la responsabilidad objetiva asegura una reparación sin mayores obstáculos, ya que para estos efectos carece de importancia si el funcionario público actuó con dolo o ilegalidad al momento de causar el daño a la persona.

Si bien es dominante hoy, el criterio de que el Estado es el responsable objetivo frente a un hecho dañoso co-

metido en la esfera jurídica de la persona y amparada por la Constitución, no es menos cierto que para llegar a tal supremacía se tuvo que pasar por varias facetas, partiendo de su irresponsabilidad absoluta. Pero en su momento, significó un gran avance que, ante las situaciones señaladas se le pudiera imputárseles a los agentes públicos la responsabilidad por los daños causados. Esta sería la primera manifestación de su participación parcial, consistente en que este (el Estado) respondía en subsidio, lo que implicaba accionar primero contra el funcionario causante de los daños y ante un fracaso de la acción, el Estado asumía dicha obligación en forma subsidiaria. Se conoció en la doctrina este tipo de comparecencia como “la teoría de la culpa”.

Y refiriéndonos a la calificación del hecho dañoso, de antijurídico, significa que se trata de un daño que la persona no tiene el deber legal de soportarlo. Con ello pasa a un segundo plano la intención del funcionario público; vale decir, si actuó con dolo o no; si actuó apegado a la Ley o no. La derivación jurídica es que la Administración tiene la obligación de repararlo.

Esta categoría de la antijuridicidad encuentra su respaldo en que un ordenamiento no contempla una norma que justifique ese tipo de carga impuesta al individuo. En consecuencia, al no tener soporte legal se erige como una lesión injusta que debe ser reparada. Por ello, el antecedente constitucional de la responsabilidad objetiva es evidente y hace que difiera de la simple de índole civil regida por el Derecho Privado, destacando incluso que esta última es más limitada, pues (a manera de ejemplo), la responsabilidad del ente estatal por sus actos lícitos está fuera de su alcance.

A nivel de la normativa, no cabe duda que pertenece al sector del Derecho Público y más preciso al plano constitucional, en tanto que es el resultante del ejercicio del poder que produce lesiones en los derechos de élite jurídica.

La responsabilidad del Estado ante la reparación de daños a la persona, es directa

Partiendo del entendido que el Estado es un sujeto de derecho con personalidad jurídica, a su vez, que se encuentra ante una institución titular de cumplimientos, sus actos no quedan exentos del ordenamiento jurídico. Esta subordinación al imperio de la Ley, implica que sus órganos, instituciones, entidades autónomas, etc. deben ceñirse con rigurosidad, en la consecución de sus actúes, a las respectivas normativas.

Ahora bien, al ser el ente estatal persona jurídica de Derecho Público, conlleva que tenga (en forma precisa) potestades y cargas. Y en dicho contexto su accionar, encuadrado dentro del marco legal, deberá respetar -entre otros- los derechos individuales de los ciudadanos. Por lo que, ante una desobediencia de la normativa que regula tales derechos, le corresponde responder reparando los mismos. Aquel debiera ser el comportamiento regular de un Estado.

En el campo del Derecho Público, se entiende que las personas designadas para el desempeño de la función pública, no son simples agentes o dependientes, sino órganos del mismo. Es decir, el Estado -a través de ellos- actúa de uno modo manifiesto. Así, su responsabilidad frente a un

daño (tesis acogida por la mayoría de las legislaciones en el mundo), siempre será directa.

Este basamento reinante, toma relevancia en el ámbito del Derecho Procesal, toda vez que el perjudicado que inicie una acción, debe entablar la misma en forma expresa contra aquel y no contra el funcionario-autor; salvo la excepción de una presunta implicancia propia de este, de sus acciones u omisiones independientes de su calidad de funcionario, entre otras. De no proceder de la forma señalada no operaría el criterio de la responsabilidad directa. Por lo mismo que la acción no es aconsejable iniciarla en forma conjunta o subsidiaria. Por último, conviene hacer presente que antes del predominio del aludido principio, imperaba la teoría de la llamada “responsabilidad subjetiva y subsidiaria”, que tenía la característica de basarse en la culpa del funcionario público. Implicaba aquello que la víctima debía demostrar en el proceso judicial, que este había actuado en forma ilícita culpable o dañosa, y solo ante la eventualidad de que no pudiera cumplir (como ente subjetivo), allí se accionaba contra el Estado.

Fundamentos legales de la responsabilidad del Estado en materia de reparación de daños

La razón de la concurrencia del Estado en cuanto a la reparación de daños se refiere, es del orden constitucional. Y no puede ser de otra manera, ya que al ser la Constitución Política (quizás en todos los países del mundo), la que consagra los elementales derechos del hombre, estos han de ser protegidos de la misma manera, y una de las formas más precisas de no dejar impune su inobservancia es a través de la institución de reparación de daños.

La plataforma que instituye a la reparación proveniente de la responsabilidad del Estado segrega de la naturaleza de los mismos derechos así protegidos: seguridad y garantías individuales; protección a la propiedad privada; libertad de derechos políticos, etc.

Ello se ve confortado por la influencia del Derecho Internacional en este campo. A modo de referencia, están las convenciones internacionales diversas que mencionan no solo como principios los derechos naturales, sino que ofrecen formas concretas para su tutela; mecanismos procesales certeros y sistemas de justicia que ponen en práctica un verdadero resguardo e inciden directamente en los sistemas constitucionales.

Es a raíz de la evolución de las sociedades organizadas, con el predominio del principio de la separación de poderes, donde toman auge los referidos derechos, surgiendo así la necesidad de encontrar un mecanismo para su seguridad. Todo ello por supuesto, en el espacio constitucional y sin excluir a ningún ente activo frente a una responsabilidad, llámese este el propio Estado.

Elementos de la responsabilidad del Estado en la reparación

Debemos empezar diciendo que, en cuanto a los elementos que conforman este ingrediente del ente estatal, a objeto que se dé la reparación en los daños al afectado, no se ha modificado de lo que en ese sentido instala como regla general el Derecho Civil, en lo relacionado con la teoría de la responsabilidad objetiva.

Bajo esta perspectiva, entendido que el Estado ha de actuar así frente al hecho dañoso que ha lesionado un derecho protegido a través de la Carta Magna, la doctrina ha distinguido que es necesario la afluencia de dos elementos para que la misma opere, a saber:

a.- La existencia del daño, que conlleva a su vez la concurrencia de varias características; y,

b.- Un nexo causal que vincule el daño con la actividad de la administración.

Analicemos en qué consiste los señalados elementos.

a.- La existencia del daño.

Este ha de tener el requisito de ser cierto y efectivo, por una parte. Lo que significa que no existirá responsabilidad del Estado si el daño es eventual o futuro.

Además, deberá ser personal o especial; vale decir, que afecte a una persona o a determinadas personas y no constituir una carga común que todos los particulares deben soportarlo. En conjunto, este debe ser anormal, lo que implica que debe exceder cualquier inconveniente inherente a la vida de la colectividad.

Como requisito se ha conjeturado que, por medio de las actividades o acciones de sus funcionarios, sean estas lícitas o ilícitas, deban afectar una situación protegida.

De otro lado, el daño debe ser antijurídico, mirado este concepto, no en la conducta del funcionario causante, sino en cuanto al resultado: el bien jurídico protegido y que ha sido dañado. Todo ello fundado en que la persona no tiene exigencia de soportarlo. Es decir, que no está comprendi-

do dentro de las cargas que la Administración ha impuesto a la sociedad.

b.- Un nexo causal que vincule el daño con la actividad de la administración.

Este segundo elemento se refiere al ineludible vínculo a darse entre el daño causado a la persona y la acción o actividad (sea la responsabilidad lícita o ilícita), realizada por el agente. Esta regla implica una excepción que bien podría llamarse causa eximente, y se da cuando el daño tiene como antecedente la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de terceros, de las cuales trataremos a continuación.

Amén de lo expresado, es de recalcar, es imprescindible para que el perjuicio sea objeto de reparación, este debe ser la consecuencia de actos o hechos del funcionario público y haber sido el resultado directo de aquellos. A su vez, el autor debe haber estado en ejercicio de sus actividades, para que pueda reputarse la responsabilidad a la Administración.

La fuerza mayor, la culpa y el hecho de terceros, como eximentes en la responsabilidad del Estado

Es la excepción a la regla, de lo que se ha señalado como los elementos de la responsabilidad del Estado en la reparación de daños en general. Así, invocando y demostrando en la oportunidad procesal, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de terceros, quedará eximido.

Concisamente veamos en qué consiste cada una de dichas eximentes:

a.- La fuerza mayor.

Esta particularidad, es común a todos estos requisitos en el campo del Derecho y debe tener adicionales forzosos para que surta su efecto: debe ser exterior, imprevisible e irresistible.

b.- La culpa de la víctima.

Al igual que la fuerza mayor, cumple la función de eximente a favor del Estado. En esta es imprescindible para su invocación, la carencia del afectado de la oportuna diligencia. Para que opere en plenitud, debe ser única y exclusiva causante del daño.

c.- El hecho de un tercero.

Esta tiene la particularidad de exonerar o atenuar la obligación. El requisito de la misma es que sea la única causa del perjuicio.

El hecho de un tercero se convierte en una atenuación si se demuestra que con el tercero también se ha dado la intervención del funcionario público en la realización del hecho dañoso; allí no podrá relevarse el Estado y deberá responder en lo que le corresponda.

La reparación del Estado por el error judicial

Merece este tema ser tratado en especial, por cuanto la preocupación -en el ámbito penal-, frente a la condena de personas que después se descubría su inocencia, ha sido histórica. De allí que, no solo las legislaciones, sino los documentos internacionales hayan categorizado, al punto de convertirlo en un derecho elemental, con el inflexible

cargo de repararlo. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no con una definición muy acertada (tema que será tratado en su oportunidad), ha elaborado importantes trazos, sin embargo, los actuales tiempos exigen definiciones y medios de tramitación más precisos y eficientes al respecto.

Aunque no se circunscribe solo a la esfera penal, la reparación del Estado por el error judicial toma importancia también ante la vulneración de otros derechos que dicen

relación con esta élite de los constitucionalizados, como por ejemplo ante una equivocada declaración de quiebra.¹²

En lo estrictamente técnico, es sabido que la sentencia dictada en un juicio y que se encuentre ejecutoriada, ha de cumplirse de manera inexcusable y con las esencialidades que se señala en la Ley. Este es el sustento para el sector de la doctrina que defiende que el Estado no es responsable frente a los errores judiciales. Pues -afirman-, una sentencia declara un derecho, a través de uno de sus propios poderes; lo hace por medio de un formalismo debido. En consecuencia, actuando conforme a Derecho.

No obstante, esta iniciativa sucumbe ante la institución del recurso de revisión, por medio del cual se dispondrá que hubo error judicial en una sentencia puntual, operando así la incumbida reparación.

A groso modo, se ha denotado la situación del error judicial en el recinto de las formalidades. Más, desde otras perspectivas, ya no cabe discusión de ninguna naturale-

12 ANDRADA, Alejandro Dalmacio. Responsabilidad del Estado y de los jueces en razón de una declaración de quiebra. La Ley 2006-D, 342.

za que se trata de un derecho natural. De todas formas, en cuanto a los precedentes que sirven de base para reconocerlo como derecho, existen varios, los mismos que en conjunto han servido para reafirmar esta posición. Por ejemplo -se señala- que al sancionar el error judicial se está haciendo por un principio de igualdad de las cargas públicas. Esto es, la Administración no puede imponer a su arbitrio a ningún ciudadano, un sacrificio que no haya sido impuesto de manera general a la comunidad y a través de cualquier figura jurídica.

Asimismo, se ha fundado en que lo ampara el universal principio de justicia, toda vez que el Estado está en el deber de garantizar, porque la administra, y ante un acto de tal naturaleza, proveniente de una resolución judicial, cabe una reparación.

Aunque habiéndose reconocido como un derecho natural, ha sido el órgano jurisdiccional el que ha puesto una serie de trabas legales que a su vez están atentando la prerrogativa del perjudicado a obtener una reparación, como pasamos a señalar.

La mayoría de los sistemas jurisdiccionales, en materia de proceder frente al error judicial, sostienen que antes de ser obligado el Estado, ya sea la sentencia o cualquier resolución que haya sido causa de aquel, primero debe ser declarado ilegítimo; por deducción, dejado sin efecto, y si no se obra de esa manera se estaría atentando contra el orden y la seguridad jurídica, pues esta no ha dejado de tener valor legal. Ante tales eventos no admite más que reglamentar, a efectos de que por sobre todo prevalezca el derecho constitucional de reparación.

De mantenerse la tesis de la declaratoria de ilegalidad, se estaría atentando contra la imagen de la responsabilidad objetiva del Estado, toda vez que, teniendo un hecho notorio, palpable e innegable (como es un caso de error judicial), se opta en primer término, por un procedimiento que resulta ser hasta contrario a Derecho.

De otra parte, la realización de un proceso como única vía para decidir mediante una sentencia, entre otras cosas, la imposición de una pena, trae aparejado la natural posibilidad de que se cometa errores o arbitrariedades de quienes tienen que realizar dicha misión.

Sin duda, no puede quedar “en la impunidad”, cuando el perjuicio que se ha cometido por un juez o tribunal, tiene que ver con el derecho constitucional del individuo: su libertad. Y siendo del Estado de quien depende la administración de justicia, será quien responda por los menoscabos frente a este acontecimiento.

Como una respuesta en la búsqueda de soluciones por la vía procesal, surgieron instituciones como el Recurso de Revisión cuya finalidad es invalidar una sentencia, aunque esta se encuentre firme o ejecutoriada, ante la presencia del error judicial. Pero ese solo hecho no soluciona el estrago cometido al individuo. Solo detiene el daño. Esto ha traído resultantes, las que deberán ser reparadas en apropiado al perjudicado.

La trayectoria de esta figura, evidencia que ha sido muy difícil su aceptación de parte del sentenciador. Más aún si son los mismos pares quienes tienen que manifestarse condenando al causante. De allí que, no obstante poseer el rango de derecho protegido por la Constitución, esta

institución no es de total conformidad solo con tal reconocimiento, toda vez que, como han señalado (básicamente jurisprudencias), el acto jurisdiccional que origina el daño, primero debe ser declarado ilegítimo y debe ser dejado sin efecto, requisito que sin duda es un obstáculo en el derecho de obtener una reparación.

En ese sentido, un gran avance ha significado la prevalencia de “la doctrina del error judicial”, que posibilita una reparación del daño causado al enjuiciado, cuando por referencias posteriores al mismo, se dispone que no debió ser sometido a proceso o condenado.

Pero, mientras no exista unanimidad tanto en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, en cuanto hagan factible al derecho del agraviado ante el error judicial, quedará mucho por hacer al respecto.

La reparación del Estado frente a otras responsabilidades

Resulta incuestionable la presencia del instituido que sitúa que para el imperio del Derecho no existe excepción alguna, ni siquiera el mismo Estado.

Si bien, a partir del asentimiento del Estado de Derecho, entre otras cosas se funda la división de poderes; implica esto, que se deberá saldar ante los daños causados por quien no tiene el deber legal de sufrirlos y que sea el resultante del ejercicio de cualquiera de dichos poderes.

Con anterioridad se vio, cómo a nivel de administración de justicia se destaca la figura del error judicial. De la misma forma en el campo legislativo (y como no puede ser

de otra forma), se debe mantener, ante los hechos dañosos que provengan del ejercicio de este Poder. Hoy existe unanimidad de los tratadistas ante la situación legislativa que provoca un daño grave y concreto (en clara aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas), por tanto, es procedente el acatamiento del Estado por los daños que causare la aplicación de las leyes, sin distinción, si esta es del orden legislativo nacional o sectorial.

En definitiva, ante la factibilidad de una ley que ha sido declarada inconstitucional y sus resultados ocasionan un daño, este debe ser reparado.

Al margen de lo expuesto, quizás la responsabilidad frente a las reparaciones que provengan del ente administrativo presenta más complejidades, debido (muchas veces), a la ausencia de normas de Derecho Público, por lo que se ha visto la necesidad de recurrir a las del sector privado. Esto ha traído confusiones, porque a raíz de ello se ha señalado una supuesta posibilidad de que el Derecho Privado y sus instituciones, no solo aborda, sino, con eficacia soluciona controversias o situaciones en las que se ha visto inmiscuido la Administración, cuando por medio de sus agentes ha cometido un hecho dañoso en perjuicio de los derechos básicos de la persona; planteamiento que no compartimos por lo que se señala en diversos pasajes de este trabajo.

Normativa legal que debe regular la reparación del Estado en este ámbito

Como se ha podido observar de lo tratado en este capítulo, todavía no hay un consenso en la doctrina ni en la

jurisprudencia, en cuanto a las normas que han de regular el requerimiento del Estado en materia de esta reparación.

Sostenemos al respecto, que eso se debe a la ausencia de normas expresas de Derecho Público que disciplinen dichas realidades. Mas, es de tener presente que, si el objeto del hecho dañoso es un derecho subjetivo, es la Constitución la que debe dar lugar a institutos especiales y expresos para solucionar aquellas situaciones jurídicas.

Lo planteado permite recalcar también, aunque se aplique en forma supletoria y ante la ausencia de reglas expresas, no significa que sea el Derecho Privado el encargado de tal escenario. Pues, la causa de las confusiones y que se ha ido acrecentando, se debe a la utilización de estas en el ámbito de los derechos constitucionales; por lo que la normativa legal que ha de ocuparse de dicha problemática deberá ser simple, dinámica, flexible; razones por las cuales el Derecho Privado está lejos de brindar soluciones al respecto. Incluso, bien se puede decir, desde el punto de vista de este sector, resultaría una tarea muy compleja acondicionarlo a los niveles y características propias que poseen estos derechos.

Aunque resulte lógico entender la ausencia de un sistema de normas sustantivas y de procedimiento que regulen todo lo relativo a la reparación en el terreno de los derechos naturales, no es menos cierto que, un gran avance significaría la aceptación de la existencia de estas falencias normativas.

CAPITULO VI

LA REPARACION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Generalidades

Sin pretender realizar un paralelo entre lo que indica la jurisprudencia interna (en general de los estados latinoamericanos), con el desarrollo que ha tenido la reparación en el ámbito Internacional, puede decirse en términos amplios, se trata de orientaciones muy diferentes, no obstante ser el resultado de un mismo hecho: la aplicación de normas tendientes a la protección de los derechos fundamentales.

Frente a tal planteamiento, es interesante observar que uno de los pilares principales en el despegue como un derecho autónomo de la reparación, ha sido su expansión alcanzada tal cual establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ende, en el Derecho Internacional. En este campo, están además ciertos documentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en base a la cual actúa la prenombrada Corte, conociendo de todos los casos en los que se ven inmiscuidos los aludidos, su infracción o amenaza.

Ante dichas realidades, este Tribunal por medio de sus fallos ha logrado establecer un sistema de reparaciones a fin con los derechos subjetivos y que, de alguna manera refleja, no estar desamparados.

En el espacio de los ordenamientos internos en general, no obstante estar dadas las posibilidades para un pleno impulso de la reparación institucionalizada, esta no ha podido alcanzar tal finalidad y no por falta de elementos que coadyuven a este objetivo (más allá de la obligación del Estado, a cumplir con sus compromisos adquiridos a efectos de extender, primero, sistemas que tiendan a garantizar la vigencia y protección de los derechos elementales; y en segundo lugar, creando instituciones como puede ser tribunales especializados, procedimientos eficientes, entre otros).

Cuando hablamos de compromisos adquiridos por los estados, tendientes a explayar un andamiaje jurídico con finalidades predeterminadas como las que son motivo de nuestro análisis, nos estamos refiriendo a los planteamientos al respecto, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que poco o nada se ha avanzado.

También en el contexto internacional, continua ha sido la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas; esta, a través de sus comisiones ha ido incorporando sistemas de reparación que se acoplan a la vigencia de los derechos fundamentales, que cada vez son más diversos, medios válidos para el ente jurisdiccional: resolviendo los casos en concreto; o, respondiendo a los estados, a través de las “opiniones consultivas”, relacionadas con la aplicación del contenido de la aludida Convención, o cualquier otro mecanismo internacional concerniente al tema.

Prevalencia de la reparación como principio jurídico, en la jurisprudencia constitucional: algunas referencias al respecto

En el caso de los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, acerca de instauraciones precisas sobre la reparación, a través de sus fallos y en las distintas materias sobre las que resuelve los recursos, nos permite sostener que el tratamiento consolidado para este derecho, es de un principio jurídico; vale decir, primordial a tenerse presente por todos los involucrados ante situaciones frente a las cuales el máximo Tribunal ha actuado. Vislumbres que muchas veces no están exentos de ser cambiantes, más allá de las razones que se pueda esgrimir de sus miembros.

En esa apreciación, dicho Tribunal máximo ha hecho mención en diversos fallos, varias disposiciones constitucionales que implícitamente, y quizá hasta por razones de justicia máxima la instituyen como un derecho elemental. Quizá sea un antecedente por el cual ciertos sectores de doctrina sostienen que la reparación no es un derecho autónomo, sino que está sobrentendido en el principio de justicia o de la seguridad jurídica.

No obstante, más allá de resaltar o de corroborar con realidades (como resulta ser un juicio en particular al cual se la aplica, sobrentendida en una disposición constitucional), ésta, ante una situación así, cumple una función de principio jurídico.

Para asentir lo mencionado, nos ceñimos a las citas realizadas al respecto por Néstor Sagüés¹³ sobre algunas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (haciendo mención que su punto de vista es que “..... la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado base constitucional al derecho al resarcimiento en otros segmentos de la constitución. Se trata de una fundamentación deducida o inferida de algunos preceptos o postulados constitucionales, pero de suma importancia, y con rasgos de legitimación constitucional general o global de tal derecho... ”), siendo estas:

a.- Estableciendo conceptos que sirven para fundamentar una reparación, la Corte ha expresado que existen ciertos daños que por ser “tolerables” es factible su exigencia a toda la sociedad. Estos difieren de los “intolerables”, siendo los que rebasan una normal tolerancia; por ende, frente a los mismos cabe el derecho a la reparación.

“González c. Nación Argentina”, “Fallos”, 314:910.

b.- Se ha desarrollado también, de otra parte, el criterio de que la reparación debe ser amplia, a cubrir toda lesión de un interés no reprobado por la ley. Remarcando que el daño moral no es accesorio al material, y que es factible que no tenga ninguna relación con este último.

“Ahumada”, “Fallos”, 324:2981.

13 SAGÜES Néstor Pedro; Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación. Documento entregado en las clases por el mencionado autor, en el doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Derecho Público Profundizado. Año 2007. Págs. 5, 8,9 y 10.

c.- Otro concepto a resaltarse en este sentido, es al hacerse referencia a que “la reparación debe ser oportuna”.

A raíz de resolver la Corte Suprema, inconstitucional, el decreto de necesidad y urgencia 260/97, que determinaba un sistema de sesenta cuotas para el cumplimiento de obligaciones dinerarias en los procesos que sobre daños y perjuicios intentarían los afectados, en materia de transporte público de pasajeros, se determinó asimismo, que esa ley no fue dictada para tutelar los intereses generales de la sociedad.

“Rosalia de Ocampo”, “El Derecho”, 189-16.

d.- De su parte, en “P.P.F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, el máximo Tribunal destaca el principio de la reparación integral como derivado del derecho constitucional a la reparación. (La Ley. 1995-E-17).

e.- En “Milone”, la Corte se refiere al pago de rentas periódicas de ciertos accidentes laborales (Art. 14.2.b de la Ley 24.557), dejando sentado el precedente que la forma de resarcir dichos acontecimientos en abstracto no es inconstitucional, aunque puede serlo en concreto, si se aparta de las necesidades ciertas de los damnificados, cuando así se frustra el objetivo reparador que se procura. Contando los trabajadores discapacitados con una tutela constitucional especial (arts. 14bis y 75 Incs. 22 y 23), y en función también del principio de promoción de los derechos humanos, el régimen legal no resulta en definitiva aquí equitativo, por lo que concluye, es inconstitucional. (Fallos, 327: 4607).

Pero, el mismo autor resalta también las resoluciones de la Corte, donde predomina un criterio diverso acerca del principio de reparación, como es:

f.- En “Juan Ramón Gorosito c. Riva S.A. resolviendo sobre la inconstitucionalidad del régimen tarifado del artículo 39 de la Ley 24.557, en materia de infortunios laborales, la Corte destaca entre otras cosas, los siguientes criterios:

f. 1.- Es posible constitucionalmente que el legislador diseñe reparaciones específicas y diferenciadas, propias de ramas concretas del derecho (consid. 3º), como puede ser el laboral. No habría entonces un único modelo de resarcimiento según la Constitución. De todos modos, añadimos, la pluralidad de indemnizaciones factibles deberá responder al principio de razonabilidad legislativa.

f. 2.- Si esas reparaciones son infraresarcitorias, el interesado debe demostrar el perjuicio concreto que le causan (consid. 12 y 17).

f. 3.- Una indemnización tarifada no es necesariamente inconstitucional. Para evaluar su justicia, no solamente hay que computar los montos o cifras dinerarias de la reparación fijada, sino también otras prestaciones, v. gr. en especie, que se brinden al afectado, y el tiempo de percepción de las acreencias, que si es corto, brega a favor de la admisión de tal tipo de compensación (consid. 5 y 14).

El fallo concluye que la idea de indemnización plena está, no obstante, sujeta a limitaciones según la razonable discreción legislativa y a título de ejemplo menciona los arts. 521, 903 a 907 y 1069 del código civil, así como

reglas puntuales del código aeronáutico (consid. 3 y 12). Con ello parece legitimar constitucionalmente la reducción en la obligación de reparar.

En definitiva -señala el doctor Sagüés- , “Gorosito” es una sentencia que recorta las generosas directrices de “PPF c. Ferrocarriles Argentinos”.

g.- Analizando un distinto criterio de la Corte Suprema de la Nación, con motivo de su nueva integración, el mencionado autor cita otras sentencias y dice:

Con nueva integración, la Corte Suprema, en “Aquino”, (17), seguido por “Ferreryra”, (18) cambió el criterio de “Gorosito”. Los votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni principian por recordar que el derecho a la reparación se funda en el art. 19 de la Constitución nacional, y que una indemnización injusta es inconstitucional, con cita de “Provincia de Santa Fe c. Nicchi”, (19) Respecto de ese fallo, destacan que se refiere a una expropiación, pero debe regir más todavía en el ámbito laboral, donde está en juego la inviolabilidad física, moral y psíquica del trabajador. Destacan que la indemnización justa debe ser integral y que la indemnización de la ley de riesgos de trabajo consagra un marco reparatorio inferior al previsto por el código civil, y es menguada. Agregan que los trabajadores tienen derecho a una indemnización reforzada, en virtud del principio protectorio especial del art. 14 bis de la constitución, y el principio de justicia social que emerge del nuevo art. 75 in c. 19, que formula una “preferencia legal” para los empleados, desoída por la ley de riesgos del trabajo. Esta última, además, ha infringido el principio que en materia de derechos humanos se llama “progresividad”, o de “prohibición de retroceso social”, o de prohibición

de evolución reaccionaria” (también de cliquet, o “de la calzada”, que impide ir atrás y reducir derechos sociales ya otorgados (en el caso, los trabajadores contaban antes con la posibilidad del reclamo de la indemnización plena del derecho civil, ahora cercenado por la indemnización tarifada de la ley de riesgos del trabajo)... ”.

Finaliza diciendo el doctor Sagüés que, del difícil ubicable criterio mayoritario de “Aquino”, parece desprenderse que, especialmente tutelado por el art. 14 bis de la constitución, el trabajador tiene derecho a una reparación que, como regla, debe ser integral, mientras que la tarifada de la ley de riesgos del trabajo no satisface tal exigencia.

Por nuestra parte, y siguiendo los sostenimientos vertidos en la presente tesis, debemos denotar que, ante la ausencia de instituciones jurídicas que regulen en forma expresa; mientras no exista criterios imperativos; en lo procesal, de mecanismos eficientes y por qué no, de tribunales especializados, no primarán los esperados instantes en que la reparación, de principio jurídico pase a ser el reconocido derecho elemental.

Actualidad de la reparación en la jurisprudencia constitucional

Sin perjuicio de lo antedicho, la actualidad de la reparación, enfocada desde el contexto constitucional, la jurisprudencia en este campo, demuestra un considerable avance en su aplicación, vista ya no como un principio sino de manera institucionalizada, llevado de la mano de sendas transformaciones.

Es de señalar el caso ecuatoriano que, a raíz de la dictación de la Constitución de 2008, en materia de derechos humanos -en cuanto a su protección y garantía-, expresamente se refiere a la reparación integral como un derecho de la persona para que el daño causado, sea subsanado a través de sus diferentes formas.

”Art. 86.- (Sustituido por la Res. PLE-CNE-1-8-5-2024, R.O. 554-S, 9-V-2024).-

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

...

2. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse...” Constitución de Ecuador.

De su parte la legislación colombiana, también al respecto ha señalado que:

ARTÍCULO 25. DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, restaurativa, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones que trata la presente Ley.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, buscando satisfacer las necesidades de cada una de las víctimas, entendiendo sus características únicas como grupo y como individuo. Cada una de estas medidas será implementada a favor de los sujetos de reparación en su núcleo familiar dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

(Ley 2421 del año 2024, que modifica la Ley 1448 de 2011, República de Colombia).

Solo a manera de ejemplo, en el caso ecuatoriano, el máximo tribunal en este campo (la Corte Constitucional), de manera imperativa ha expuesto en un sinnúmero de veces que la reparación integral –en lo que se refiere a la inobservancia de los derechos fundamentales- es una institución que funciona plenamente en aras de que la respectiva víctima no quede en la indefensión frente a los daños sufridos en sus derechos:

“...Siguiendo este orden de ideas, la Corte ha señalado como parte de su jurisprudencia vinculante que, el mecanismo de cumplimiento de sentencias propende la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional. Por ello, la Corte Constitucional de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales. Es decir, si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, ella se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, para reparar las consecuencias de dicha vulneración, entendiéndose que, al ser el máximo intérprete de la justicia constitucional, tiene facultades constitucionales y legales para reparar la vulneración de un derecho. En este sentido, los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existirían mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de todos los derechos constitucionales...”¹⁴

Por último, y más allá de lo expuesto, estamos seguros que este derecho (a la reparación integral), todavía no ha llegado a un límite en cuanto a sus formas de manifestación se refiere; asimismo, como en su campo de acción.

14 Ver Corte Constitucional para el periodo de transición, sentencia N.º 001-10-PJO-CC, caso N.º 0999-09-JP.

Pues, últimamente está tomando fuerza –como parte de esta esfera- temas –antes- impensados, como el derecho de la naturaleza, el derecho de los animales, etc.

CAPITULO VII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA REPARACION INTEGRAL

Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: aspectos preliminares

Como previo, conviene hacer una distinción, atento a la naturaleza de los asuntos que son de conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aquella se presenta como un tribunal con rasgos únicos.

En efecto, (siguiendo los antecedentes europeos), nació como un ente jurisdiccional con finalidades concretas y ante una necesidad de la prevalencia por sobre todo del principio de justicia, cuando se pretende garantizar la vigencia de los derechos de élite del sur humano, o a efectos de socorrer a estos cuando están en inminente peligro de ser inobservados. En torno a estas nociones medulares es que se ha creado no solo la señalada Corte, sino todo el aparataje jurídico que regula y se encarga en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como se ha dicho, al tratarse de un Tribunal con finalidades creadas, no es para que nos llame la atención sobre los rasgos atingentes a su instauración misma y lo que de allí se deriva. Por ejemplo, que su vigencia no se contraponga con las regulaciones que al respecto mantiene el Derecho Interno; que no se trate de un recurso procesal continuador de los sistemas de justicia de los Estados Partes. Ni represente una instancia para una revisión de

las resoluciones dictadas en los asuntos de jurisdicción de estos últimos.

Es por eso que, bien podríamos singularizar, se avista con una competencia no impuesta, sino “aceptada”, por lo cual es de concebir que cualquier pronóstico de una posible intromisión en la autoridad de los tribunales internos que pudieren conocer sobre la materia, quedan totalmente sepultadas, y al Estado Parte solo le subsiste -al menos en teoría- el cumplimiento de sus fallos dictados, acorde a sus procedimientos.

Tendiendo presente la finalidad única asignada a este organismo de justicia, ha servido de referente para que muchos sectores doctrinarios hayan exteriorizado, en primer lugar, sobre una “internacionalización de los derechos humanos”, refiriéndose con ello al encargo que desempeña en este sentido el Derecho Internacional, a través de los tratados internacionales y de su rama específica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese mismo entendido, la gestión a desempeñar por la Corte Interamericana está enrumada a complementar con sus actividades tal finalidad. Es válido entonces que se hable de “organismos jurisdiccionales transnacionales”; incluso, llegando algún autor a referirse, a “la justicia constitucional supranacional”.

Competencia de la Corte Interamericana

Es muy precisa la regulación referente a la competencia de la Corte Interamericana, que no da lugar a interpretación errática, por lo que su accionar está plenamente dimensionado. De allí que, basándose en algún falso sub-

terfugio no se quiera acatar por parte de algún Estado la decisión de dicho Tribunal, será una falta a los acuerdos de la Convención, reconocida en las condiciones de los aludidos tratados (como ocurrió con el Estado del Perú que se negó a cumplir las sentencias en los casos “Loayza Tamayo” y “Castillo Petruzzi y otros”, que ante un fallo adverso desató lo resuelto por la Corte. El Congreso peruano mediante Resolución Legislativa No. 27152, el 8 de Julio de 1999, decidió con efectos inmediatos, el retiro del reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte, violando con ello la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más en concreto su artículo 68, Inc. 1).

En cuanto a la jurisdicción de dicha Corte, está orientada hacia las siguientes perspectivas:

a.- El conocimiento de los casos relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la nombrada Convención que le sea sometido (lo que se ha dado en llamar “competencia contenciosa”), según los términos del Inc. 3° del artículo 62 de la Convención.

b.- La función de emitir “opiniones consultivas”, ante la petición respectiva del Estado Parte. (Artículo 64, Inc. 1° de la antedicha Convención).

Es prudente mencionar que al instaurarse cuál ha de ser la competencia y las funciones de la Corte, más bien se ha esgrimido la finalidad para la que fue creada: la protección de los derechos elementales, a través del cumplimiento de sus deberes jurisdiccionales.

No se trata entonces de un tribunal ordinario que realiza un juzgamiento, donde pueden verse involucrados una

serie de resultados de diversa índole para cualquiera de las partes. Así como tampoco se trata de un ente juzgador que establezca por ejemplo sanción penal alguna, por ende, con capacidad general de imponer penas de diversa índole. Como lo reiteráramos, su finalidad está bien delimitada.

Su atribución es pues (como ente con capacidad para conocer de todo lo relacionado a la inobservancia de los derechos subjetivos), cuando haya llegado a una conclusión: actúa de una manera precautoria tendiente a evitar la consumación de tal ilegalidad; o, tratando de subsanar las repercusiones de la misma, cuando esta ha sido cometida.

En lo concerniente a su referida competencia, es de destacar las facultades de las que está investida en su acción, cual es la de cristalizar vía solución amistosa o sentencia una reparación, cuando esta es procedente.

A ello se suma además la labor consultiva (en rigor técnico, no compartimos la denominación de “competencia consultiva”, como se ha dado a llamar por algunos autores, toda vez que la misma Convención da a entender, se trata de una función complementaria a la labor jurisdiccional de la Corte).

Esta última, más bien es un propósito tendiente a la interpretación de la Convención ante cualquier consulta, comprendiendo hasta la de un Estado americano que no sea parte, conforme a las manifestaciones de la propia Corte (en su calidad de organismo que aplica e interpreta el contenido de la Convención, incluso de otros tratados que digan relación con la protección de los derechos humanos). Conviene no olvidar, se tratará de un consejo o información, ante una petición potestativa de cada Estado

que quiera proceder de esa forma, lo que no constituye obligación alguna, por ende, que tenga que proceder siempre de esa forma ante toda duda al respecto. (Art. 64 de la Convención).

Solo en circunstancias que un Estado en forma voluntaria acuda a dicho Tribunal con el objeto de hacer uso de esta facultad, se podría hablar de una especie de “competencia consultiva”. Toda vez que antes de dicha situación, el facultado tiene la prerrogativa de proceder de esa forma o no; esto no quiere decir que deja de ser valioso, pues la sola búsqueda de una interpretación por parte del cuerpo colegiado que tiene todas las permisiones jurídicas para ello, de por sí es válida ante la posibilidad de arreglar un conflicto tendiente a evitar un proceso judicial que no será positivo para ninguna de las partes (al margen de los posibles resultados); entendiéndose lo expuesto, cuando existe intención de solución pacífica, resultante de una inobservancia de los derechos fundamentales.

De otra parte, la indicada Convención (Art. 64, Inc. 2º), se encarga de regular sus finalidades; poniendo siempre de relieve el albedrío del Estado miembro consultante, al apuntar que, ante un pedido en concreto de esta naturaleza, la Corte “podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Rasgos principales del procedimiento ante la Corte Interamericana

Tratándose de una Corte, con las cualidades subrayadas, que ha sido creada para fines especiales, con lo que

se ha buscado dar un realce a los derechos elementales; no podía ser de otra manera que su política no estuviere elaborada para contribuir a tal intención. Se trata pues, de un procedimiento desmarcado de las formalidades propias de los sistemas internos (o al menos de los mayoritarios), y en algunos aspectos toma características que lo hacen diferente de los comunes; en fin, se puede decir que se cumple con ciertas expectativas jurídicas a tono con la materia de las que se va a ocuparse.

Esta disposición ha sido considerada por algunos doctrinarios como el “proceso de amparo internacional”, puntos de vista de los que discrepamos en su totalidad, pues se trata de un procedimiento especial, dotado de una cierta autonomía; hecho que desde ya le hace diferente del recurso de amparo propiamente tal, en los actuales tiempos.

Veamos cuales son las características del mecanismo procesal a emplearse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.- Antecedentes.

Para acudir ante la Corte Interamericana, a efectos de solucionar una coyuntura donde esté inmiscuida los derechos naturales, ha de consumarse ciertas situaciones que más que nada están orientadas a evitar cualquier conflicto jurídico con los sistemas internos; y, tendiente a prevenir, como producto de un motivo formal, se cometa un perjuicio en contra de la víctima.

Estas situaciones a cumplirse son las siguientes:

1.1.- Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida por uno o más Estados Miem-

bros de la Organización (al tenor del Art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), está facultada para hacer presentaciones de denuncia o queja contra un Estado Parte, con precedente en la violación de los derechos contenidos en la Convención. Antes debe darse la concurrencia de estos requisitos:

a.- Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a las prescripciones del Derecho, en general reconocidos.

b.- Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva,

c.- Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento con arreglo internacional; y,

d.- Que en el caso del Art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas, o del representante legal de la entidad que somete la petición.

1.2.-Las disposiciones de los Incs. 1a y 1b del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho; o, los derechos que se alega han sido violados;

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y,

c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

(Artículo 46 de la Convención).

2.- Las medidas provisionales

Las medidas provisionales están llamadas a cumplir, dentro del transcurso de un litigio, un papel substancial en relación a la protección de los derechos elementales como el derecho a la vida o de la integridad personal, cuando esta se ha visto amenazada. Pueden ser formalizadas ya sea de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del proceso (cuando se trate de asuntos no sometidos a su conocimiento, la Corte actúa a solicitud de la Comisión), ante los casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas; estas deben ser dictadas por el Pleno de la Corte.

En situaciones de extrema urgencia la Corte, aunque no estuviere reunida, su presidente en consulta con la comisión permanente y dentro de las posibilidades con el cuerpo de jueces, requiere del gobierno respectivo las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales, las que después tomará la Corte en su período inmediato de sesiones.

(Art. 25 del Reglamento en mención).

El radio de acción de las medidas provisionales se ha extendido hasta la protección a más de la víctima o sus parientes, a testigos, cuando han estado en riesgo de peligro. De la misma forma, se ha dado a nivel de comunidades enteras, lo que demuestra un progreso en esta materia con

ocasión de la administración de justicia de este Tribunal internacional.

3.- El inicio del proceso

En tanto y en cuanto se refiera a una queja o denuncia, la misma debe realizarse ante la Comisión Interamericana. En tratándose de una demanda, si bien debe ser escrita y dirigida a la Corte, puede ser accionada (a más de la forma personal), por vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio; en estos últimos casos, con la condición de agregarse sus originales en un plazo de quince días (Art. 26 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para la presentación formal de la demanda, coexisten requisitos imperativos a cumplirse y que el Derecho Procesal exige en su tramitación: a.- Las partes que intervienen en el proceso (quien demanda y a quien se demanda); b.- El objeto de la demanda; c.- Una exposición clara de los hechos que dan motivo al proceso; e.- Nómina de los testigos debidamente individualizados y los peritos; f.- Los fundamentos de derecho. g.- Las conclusiones pertinentes.

(Art. 33 del Reglamento).

A decir de la misma disposición, debe agregarse las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; y por mandato del Art. 50 de la Convención, deberá acompañarse un informe, si es la Comisión la que introduce. Un elemento a destacarse en esta parte de la gestión es que, admitida a trámite la demanda, ya sea las presuntas víctimas, sus familiares o re-

presentantes que hayan sido acreditados, están facultados para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante el proceso.

(Art. 23 del Reglamento).

Hecha la notificación de la solictación (como ocurre en los procesos civiles ordinarios), está la facultad del Estado demandado de oponer excepciones preliminares, las que ha decir del Reglamento, no suspende el procedimiento en cuanto el fondo, ni los plazos, ni los términos correspondientes. (Art. 37).

Es facultativo de este organismo de justicia, fijar una audiencia especial con motivo de las excepciones indicadas, después de la cual decide sobre su admisibilidad.

Finalmente, en lo que respecta a esta parte del proceso, el Estado tiene un plazo de cuatro meses para la contestación formal, lo que deberá realizarse por escrito, con las demás exigencias y requisitos que para la demanda.

4.- La prueba

Es de enfatizarse este segmento del trámite, porque a diferencia de lo que ocurre en los ámbitos ordinarios internos, que está inmerso de formalidades, ante la Corte Interamericana se ha optado por desprenderse de las mismas, haciendo prevalecer principios nucleares del Derecho Procesal moderno, sin que ello constituya detrimento para alguna de las partes y que puedan salir perjudicadas en su legítimo derecho a la defensa por aquellas razones; solo se ha inclinado por una cierta flexibilidad. No por eso se deja de lado la venia que tienen (los intervinientes) de ofrecer prueba en la demanda, la contestación, o en su defecto,

en el escrito de excepciones preliminares y su réplica respectiva. Por motivos de fuerza mayor, impedimento grave, etc., se admite de manera especial fuera de esos instantes procesales.

En cuanto a la modalidad de recepcionar la prueba ofrecida, no hay mayor diferencia de la práctica empleada en los métodos internos. Sin embargo, se privilegia con un criterio nítido, embriones del nuevo Derecho Procesal: de la igualdad (Art. 43); la intermediación, entre otros.

5.- Diligencias relativas a la prueba

Para llevar a cabo las diligencias probatorias, es exigencia del Presidente de la Corte el señalamiento de audiencias (las que fueren necesarias). Esta actuación, es afín con los procedimientos innovadores donde prevalecen a más del principio de la oralidad, la circunstancia de que sea público, salvo las particularidades que aconsejen el caso. Tampoco hay variación de los sistemas internos en cuanto al orden de recibimiento de prueba; las facultades de las partes dentro de la audiencia y demás formalidades tendientes a llevarse a cabo de la manera más transparente posible, respetando siempre el derecho de los litigantes. (Arts. 41, 42, 44 del Reglamento).

6.- La sentencia

Cuando el juicio no ha terminado antes, ya sea por desistimiento de la demanda o por allanamiento del Estado demandado, queda dispuesto (si es que las hubiere), las reparaciones y las consecuentes costas, mediante la procedente sentencia; esta debe reunir los requisitos especificados en el Reglamento, y ante el caso de que no hubiere

decidido o resuelto sobre aquellos rubros, debe fijar la circunstancia para su decisión y acordará el procedimiento. (Arts. 56 y 57 del Reglamento).

7.- Recursos contra la sentencia

En conformidad con las formalidades a seguirse ante la Corte, en lo que dice relación a cualquier posible recurso en contra de la sentencia definitiva, esta es inapelable. Sin embargo, se otorga un plazo perenne de noventa días en caso de que las partes presenten una “solicitud o demanda de interpretación”, que más que un recurso, es un derecho a efectuarse cuando se solicite precisar el sentido o alcance de la sentencia. (Art. 59).

8.- El cumplimiento de la sentencia

Acorde a lo expuesto en el Reglamento en mención, una sentencia dictada por la Corte Interamericana puede tener las distintivas siguientes: la declaración de la violación de los derechos elementales sobre los que ha versado el juicio, además de los efectos jurídicos emanados de la misma.

De todas formas, a la luz de las prácticas internas, se trata de una sentencia de rasgos exclusivos; pues, como lo ha enunciado la propia Corte, el objeto de un pronunciamiento definitivo que no contenga en forma inmediata (por ejemplo, montos dinerarios a cumplirse por el Estado condenado), es porque se prioriza aún en esas ocasiones, un posible acuerdo entre las partes. Y si el mismo fracasara, el pronunciamiento es igual de importante, pues servirá para una posterior resolución en ese sentido.

Ahora, de llegarse a un acuerdo, no debe quedar nada pendiente que pudiere obstaculizar su término definitivo al litigio, hasta su cumplimiento. No obstante, existen ciertos postulados a tenerse presente que tienden a privilegiar por sobre todo una actitud de justicia; de allí que la Corte esté capacitada para continuar con el proceso, aun existiendo un desistimiento o el allanamiento, lo que es entendible si su finalidad en definitiva es la protección de los derechos fundamentales.

Mas, de darse una resolución ordenando reparaciones, existe un compromiso en ese sentido, contraído por el Estado demandado a cumplirlo; así como también se faculta al demandante ante tal circunstancia, que esta puede ser realizada mediante las normas procesales internas hasta la consecución de la sentencia definitiva (Art. 68 de la Convención).

Y ante un fallo de reparación (en el capítulo correspondiente nos referiremos de manera amplia en qué consisten las formas o modalidades que pueden adoptar), la Corte pone énfasis en la realización de todas y cada una de sus formas, conforme se establezca.

Por último, asumiendo una función de control, hay una supervisión del acatamiento del veredicto en su totalidad, con repercusiones para el Estado que lo incumpliere; pues aquella y con las recomendaciones pertinentes, es realizada en un informe anual obligatorio a la Asamblea General de la ONU; donde, entre otras cosas, deberá señalarse sobre el Estado incumplidor de sus fallos.

La Corte Interamericana y el derecho a la reparación integral

A partir de considerar la reparación integral como un derecho fundamental en el terreno internacional, no solo el sistema legal relativo a su reglamentación es el encargado de su “protección”, sino, incluso los entes que de alguna manera tienen cierta relación con los mismos, como la Corte Interamericana. En este caso, su contribución jurisprudencial desarrollada hasta ahora, se ha convertido en una manifestación viva de la evolución de las formas reparatorias.

Desde el punto de vista de las potestades jurídicas que posee esta institución encargada de administrar justicia, se perfila en dos frentes, ocurrido el hecho dañoso, a saber:

De una parte, la facultad de realizar todo lo que esté a su alcance, a fin de garantizar a la víctima el goce de su derecho o libertad inobservados; y, ante la misma premisa, de encontrarse que dicho quebrantamiento trajo como resultado un perjuicio, el deber de que sea reparado de la manera más amplia posible (la disposición legal referente: artículo 63, Inc. 1 de la Convención, así lo enfatiza).

Es de subrayar que la apuntada disposición, al hacer hincapié en la reparación y en la indemnización (en este último caso deja en claro “de la víctima”), es como si a más de emplear el principio de la reparación integral, recalca sus modalidades (por una parte dedicada al individuo); mientras que al hablar de “reparación”, generaliza todas aquellas medidas o formas que comprende esta, pero que estaría dirigida al conglomerado social: tratándose de dar confianza jurídica a la sociedad; que ante un caso en

particular de infracción de los derechos elementales, existe seguridad y porque se encarga de cada uno de los miembros de la sociedad en particular. Por ende, que no está desamparado.

De ese modo, deja explícito que, al ocuparse de los derechos individuales de la persona, es de justicia que se le repare (de manera integral), todos los desenlaces del hecho dañoso. Pero lo más significativo, es que se hace saber que el sistema jurídico en definitiva es un ente protector.

Por otro lado, y como ya lo dijéramos, con este designio la Corte Interamericana ha difundido a través de su jurisprudencia, la variedad de formas o modalidades de reparación en favor de los derechos subjetivos. Tendencia que no se detendrá, en la medida en que cumpla con eficacia sus funciones. Asimismo, esta labor es substancial en cuanto propicia a la postre, la creación de nuevas figuras jurídicas delimitadas, que permita seguir tutelando nuevos derechos individuales de indetenible evolución.

En ese horizonte, es de matizar la otra gran labor de este Tribunal internacional a través de sus cotidianas actividades, ya no cuando los derechos subjetivos han sido faltados y de su consiguiente reparación, sino que, cuando estos están ante la posibilidad de vulneración y pueden acarrear “daños irreparables a las personas”; ante lo cual el instrumento jurídico del que ha de valerse son “las medidas provisionales”, y que como hemos visto, constituyen un medio substancial emplazado también a la protección definitiva de aquellos.

CAPITULO VIII

LA REPARACION INTEGRAL Y SUS BASES DE DERECHO SUBJETIVO

Generalidades

1. Los derechos subjetivos

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

(Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

La norma mencionada nos da un alcance universalista, por el cual debe existir una relación complementaria entre la estructura de la Constitución y su objetivo de tutelar los denominados derechos subjetivos. No son dos partes contrapuestas. La estructura organizativa-institucional se conexas, está orientada a asegurar el imperio de los derechos catalogados en su contenido dogmático.

En general, el surgimiento de la figura del Estado de Derecho fortificó el concepto de limitación al poder en el ejercicio de la autoridad y su subordinación a la Ley. Este representó uno de los mayores logros para la época y que hoy personifica la antesala de los sistemas constitucionales contemporáneos, en la mayoría de países del orbe.

A su vez, por su naturaleza, al darse los soportes jurídicos de un Estado innovado, sujeto a las reglas de Derecho, es inevitable que se norme con preceptos concretos cuales

han de ser los derechos individuales, entendiendo en definitiva que aquel se debe a un conglomerado.

Empero, más allá de los antecedentes de carácter filosófico, ideológico-político, etc., que hayan servido de antecedente para que tales derechos hayan alcanzado la categoría de constitucionales, conviene enfatizar que así erigidos, pasan a ser (al menos en teoría) verdaderas instituciones con todas las continuidades que ello implica. Incluso, tan solo coexistiendo como sendos principios, serán de mucha utilidad en todos los ámbitos del Derecho.

Habiendo asentado desde su génesis como una preocupación (por su respeto y plena vigencia), está claro que, a la par debe estar todo un andamiaje tendiente a su debida garantía. Esta es una de las obligaciones primordiales estaduales, apuntalada desde el propio ordenamiento interno. Debido a las repercusiones y trascendencias que ha alcanzado el tema de los derechos de la persona, también el Derecho Internacional se ha extremado en instituir estas garantías, a tal punto que ha creado sectores específicos como el Derecho Internacional de los Derecho Humanos, avocados a esta intención.

Por ser de necesidad, cabe puntualizar, el tema de los derechos constitucionales se aborda desde la perspectiva del Derecho Positivo y doctrinal que se refieren en indistinto a los derechos o garantías como un concepto único, vale decir, sin realizar una diferenciación dogmática entre los mismos. Esto por cuanto, nuestro objetivo alcanza al ámbito de su protección y garantía.

Realizadas las precisiones del caso (y sin alejarnos de las directrices clasificatorias que resaltan de la propia

Constitución), las más comunes suelen distinguir, los derechos civiles de los conocidos como derechos políticos.

2.- Los derechos civiles

En el grupo de los denominados derechos civiles, suelen estar identificados casi en forma sistematizada y de manera enunciativa, aquellos que, acorde al desarrollo social propio o externo han ido apareciendo y con necesidad de regularlos. Destacamos así:

a.- Los llamados derechos personalísimos.

Estos son los referentes al individuo en sí, tales como el derecho a la vida; a la salud; a la integridad, sea esta física o psíquica; a la intimidad; al honor; etc.

b.- Los signados como derechos generales.

Son los que dicen relación con el individuo en el ámbito social. Por ejemplo, el derecho a la educación libre y gratuita; a la seguridad; a transitar libremente dentro del país y a salir del mismo modo; a asociarse; a la libertad de expresión; etc.

c.- Los derechos económicos y sociales.

Aquí suelen encontrarse todos aquellos referentes a la actividad productiva del individuo, como el derecho al trabajo y su resguardo; a realizar actividades industriales lícitas; a la propiedad; al seguro social obligatorio; a la protección, compensación económica de la familia, etc.

d.- Los llamados derechos procesales y jurisdiccionales.

Están dentro de estos derechos, los que amparan al individuo a efecto de contar con procedimientos judiciales

eficientes y eficaces; así como a ser escuchado sin demora por el juez en el asunto litigioso, y a resolverlo dentro de plazo razonable.

Dentro de esta categoría se suelen señalarse: el derecho al debido proceso; a no ser juzgado sino por jueces naturales; a no declarar contra sí mismo; a no ser arrestado sino en virtud de orden escrita y siempre y cuando proviniere de juez competente, etc.

3.- Los derechos políticos

Este tipo de derechos tiene que ver con la participación de la persona en lo relacionado a asuntos del Estado: el derecho a elegir y ser elegido; a formar partidos políticos; el derecho a proponer leyes, etc.

Como lo denotáramos al comienzo, estos derechos están en constante desarrollo y pueden ir emergiendo acorde a los acontecimientos sociales internos o externos.

En el campo de lo que se podría denominar “institucionalizados”, reciben una especie de trato exclusivo por la Constitución. Además de que las leyes especiales deberán tener muy en cuenta para no contradecirlos, so pena de ser catalogadas de inconstitucionales y todo lo que ello implica. Emanan como potestades jurídicas del propio individuo, pues le son fundamentales para su propia existencia social y su auge. En esta calidad, no surgen de una simple normativa o reconocimiento especial de ningún ente o ideología; por tanto, son universales.

Por ser atributos del ser humano, van alcanzando categoría jurídico- constitucional, en la medida en que son inobservados; es la forma en que a nivel interno se asegura

su vigencia y su respeto. Ahora bien, la violación de las normas supremas que tutelan estos derechos, envuelve una serie de efectos que deriva en cometidos del Estado hacia el individuo y muchas veces para la sociedad. A manera de ejemplo, las medidas a tomar por la Administración en estos casos, no solo pasa por una atención y consideraciones puntuales tendientes a que los respectivos procedimientos jurídicos y administrativos a los cuales se va a ver enfrentado la víctima, no le causen traumas, a más de los que ya le ha causado el hecho dañoso. Será exigencia también para el mismo Estado en este propósito proteccionista, la viabilidad a la justicia, sin obstáculos de ninguna índole; la posibilidad de una efectiva reparación de los daños causados, sumado por último a una adecuada información de lo acontecido y los respectivos asesoramientos.

Se concreta de esa forma una protección íntegra a los derechos subjetivos que tiene como finalidad -entre otras- el remedio cuando estos han sido faltados.

La reparación integral y sus bases de derecho subjetivo

Hemos visto como la Ley constitucional tiende a proteger los denominados derechos subjetivos. Teniendo

-al menos en teoría- una de sus formas prácticas (en términos absolutos), la reparación.

Señalado ha sido a este tenor, que esta institución tiene diferentes miramientos en las diversas ramas del Derecho. Así, en el sector del Derecho Privado la doctrina ha recorrido diversidad de consideraciones, desde que, se trata de una obligación, hasta marcarlo como un derecho.

En el plano constitucional, en cuanto le concierne a la víctima de la lesión, como corolario del ataque a su esfera jurídica, la reparación es un derecho. En este sentido, esta tiene una dependencia inexpugnable y no existe por sí misma, sino hasta que se ha dado el hecho dañoso. Ocurrido este, aparecerá la figura de la víctima, con las derivaciones inmediatas.

Ante dicho panorama: de instrumento específico de tutelar los derechos fundamentales, que actúa en dependencia directa de aquellos cuando han sido contravenidos; así como con objetivos precautelares definidos, es factible situar que la reparación tiene todos los identificativos de un derecho subjetivo.

A nivel del Derecho Positivo, los gérmenes para ser reconocido como derecho, radican, en primer lugar, en su inherencia a los derechos subjetivos (a los que los une un vínculo irrompible), que la Constitución garantiza a nivel del Derecho Interno. Aunque es en el entorno externo, donde los instrumentos internacionales en ese sentido, han jugado un rol aún más notorio.

En el caso de la normativa constitucional (si bien es cierto, existe disposiciones puntuales, están casi ajenas a una sistematización definitiva, por ende, con mucho por mejorar), aquí se encuentran preocupándose de derechos subjetivos en específico.

Citando algunos casos, veamos cómo -expresa o tácitamente- la reparación a través de sus formas más conocidas, se manifiesta a título de derecho supremo -por ejemplo- en disposiciones constitucionales de Argentina:

Art. 16: “...*La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*”

Esta ordenación ampara el principio de la igualdad ante las cargas públicas que es recogido por la mayoría de las constituciones en el mundo. Deduciéndose de su contenido que ante cualquier carga pública que no tenga como base la igualdad, esta es injusta y corresponde su reparación.

Art. 17: “*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...*”.

Constitución argentina.

En cuanto a esta determinación máxima, al contemplar el derecho a la propiedad y señalar que es inviolable, asegura la adecuada reparación ante su lesión; instaura -de otra parte- que esta ha de ser indemnizada cuando fuere expropiada. Se resalta aquí, lo que la doctrina da a llamar responsabilidad objetiva del Estado.

Art. 17: “...*Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley...*”.

Constitución argentina.

Este sector de la norma, abarca el principio de igualdad contributiva de los ciudadanos. De allí que, ante las cargas

injustamente sufridas, operará la reparación frente al caso puntual.

En ese mismo sentido, se encuentran los llamados derechos adquiridos (Arts. 14 al 20; y Arts. 28, 43 y 75, Inc. 22 de dicha Carta Magna), que asientan el derecho a la reparación ya sea en forma expresa o tácita, como resultante de la omisión de las normas constitucionales que protegen los derechos subjetivos allí referidos. Haciendo una especial mención en lo referente al Estado, que en estos casos actúa como responsable directo y objetivo.

Sin embargo, y por las consideraciones expuestas, la Constitución debería instituir en forma expresa este derecho y sistematizar la manera cómo ha de ser aplicado.

Ya se ha dicho, no solo la Ley suprema se encarga de este resguardo jurídico de los derechos subjetivos. También se ocupa del tema el Derecho Internacional, ya sea a través de los respectivos documentos internacionales o de su rama el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Incluso, ha sido en esta categoría donde mayor sistematización está dándose al respecto. Una muestra de ello, son los tratados y convenciones que han focalizado derechos subjetivos en concreto para los que implantan formas de reparación. Y dentro de ese ambiente está identificada como un derecho subjetivo (aunque todavía en crecimiento), que toma cuerpo a través de figuras específicas:

“Derecho a indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

(Art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

“Derecho a la propiedad privada.

1) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2) *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley... ”.* (Art. 21 de la señalada Convención).

“Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial, que contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada para todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación“.

(Art. 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

(Art. 9. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido anteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”. (Art. 14. 6 del referido Pacto).

“1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como el resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a la indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

(Art. 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Debe sumarse a lo enunciado, que más allá de las reglamentaciones puntuales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha dejado en claro que, ante cualquier escenario de jurisdicción de la Corte Interamericana, puede resolver ordenando la reparación de los daños causados a los individuos en sus derechos de protección máxima (Art. 63.1).

Siempre en lo internacional, el perímetro procesal tampoco ha sido descuidado en este aspecto, toda vez que (como lo veremos en su oportunidad), a más de contar con un procedimiento especial para ante la Corte, el Art. 23 del Reglamento de la misma, al permitir a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, a efectos de que puedan presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso, exige la sola condición, que su demanda haya sido admitida. Con ello deja de manifiesto la prioridad para que el perjudicado tenga los medios procesales a su disposición y como desenlace una reparación a sus derechos.

En cambio, a nivel jurisprudencial, la Corte ha perfeccionado un sin fin de formas o modalidades de reparación, lo que ha contribuido a efectos de diferenciarse

-sin desatender su origen en el Derecho Privado- de lo que aquella representa en el Derecho Civil, Penal u otra rama del Derecho.

Características por las que se puede considerar a la reparación integral como derecho subjetivo

Siguiendo los lineamientos expuestos por el doctor Oscar Raúl Puccinelli,¹⁵ con quien coincidimos en este aspecto, se puede decir que la reparación posee una serie de cualidades, propias de los demás derechos subjetivos y permiten por tanto jerarquizarla como tal, a saber:

15 PUCINELLI, Oscar Raúl. ¿ Derecho constitucional a la reparación ?. Revista el Derecho, 167- 969, Pág. 977, 978.

a.- Se trata de un derecho subjetivo, toda vez que le es inherente al individuo y su esfera jurídica.

b.- Es universal, a decir del mencionado autor, en tanto pertenece a todos los hombres en su conjunto y a cada uno individualmente.

c.- Es fundamental.

Esta consideración innata en todo derecho subjetivo hace que su respeto esté por sobre todo y por sobre todos, sin excepción alguna. Por ello es que la protección de estos derechos no sea propia y sola del Derecho Interno, sino del Derecho Internacional.

d.- Es ambivalente.

Tal como lo señala el citado autor, esta peculiaridad se debe a que le es exigible a los demás hombres y al Estado.

e.- Es ejercible por sujetos plurales distintos del hombre.

Más allá de la fundamentación expuesta por el tratadista (grupos y asociaciones surgidos de la sociabilidad del hombre y de su derecho de libre asociación), bien se puede decir al respecto, que provoca también este tipo de acciones, las secuelas medioambientales que afectan a sectores poblacionales u otros de índole similar.

f.- Genera en favor del individuo o de todos -dice Puccinelli- la exigibilidad de prestaciones a cargo del sujeto pasivo, ya sea de omitir conductas violatorias o impeditivas del derecho que titulariza el sujeto activo, o de cumplir una prestación positiva de dar algo o hacer algo en su favor.

g.- Funciona aun en ausencia de norma positiva previa.

En cuanto a este rasgo, más bien es referida a la utilización de la reparación que la hemos descrito como principio jurídico. Vale decir, deducida de las disposiciones que sientan directrices, como ocurre con el contenido del artículo 19 de la Constitución Nacional.

h.- Que requiere de mecanismos procesales adecuados (argumenta Puccinelli) _internos e internacionales, que sean eficaces, rápidos y se funden en las raíces de celeridad y economía, permitiendo una amplia gama de medidas cautelares, trámites donde tiene que prevalecer la libre apreciación judicial, deben tener vigencia pautas preventivas del daño, más que reparadoras de él, y en caso de algunas o carencias del orden normativo, se debe recurrir al método de la integración valorativa.

Es consecuencia de la evolución de estos derechos que la reparación integral sea considerada como tal

Si bien, hemos sostenido que el miramiento de la reparación como un derecho subjetivo está directamente relacionada con la evolución de tales derechos que se encuentran amparados por la Constitución y varios instrumentos jurídicos internacionales, no es menos cierto que en una primera fase de su “constitucionalización”, esta (a través de una de sus formas, la indemnización), apenas aparece como tal, con una representación incipiente, sin notoriedad, en casos aislados de las primeras leyes supremas. Incluso, hace su aparición en defensa de algunos “derechos” muy especiales, como se desprende del contenido del Art. 15 y 17 de la Carta Magna argentina (en todo caso, esta

correspondencia derivada de la expropiación, es un derecho que proviene de la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Y en el caso del resarcimiento de los propietarios de esclavos que quedaban libres, además fue común en América Latina; a manera de ejemplo, Venezuela en 1854, reguló de manera similar, mediante una Ley especial).

En la medida en que las constituciones han ido imprimiendo en sus contenidos dogmáticos más derechos, a la par de estos acontecimientos, la reparación también ha ido emergiendo. Aparece así, el llamado derecho a la indemnización, ante la violación de la norma que protege el derecho a la libertad; siendo una de sus manifestaciones el error judicial.

Posterior a dichos acaecimientos puntuales, todos estos “ataques” de que han sido objeto, han servido para que vayan proliferando más derechos con rango constitucional, de la misma forma que este derecho se ha ido también desplegándose.

En términos generales, podemos decir que es la consecuencia inevitable del desarrollo social; de un crecimiento vertiginoso tanto a nivel de la ciencia como tecnológico, que han experimentado cambios los peligros de toda índole a los que se encuentra expuesto el individuo y con ello la naturaleza de los daños que pueda padecer en su persona o sus facultades. Lo que a su vez hace la necesidad de una reparación adecuada, acorde con estas nuevas realidades sociales, de las cuales y a las que -en definitiva- se debe este nuevo derecho subjetivo.

Lo expuesto, nos da una pauta en el sentido de que otros derechos necesitarán formas diferentes de reparación, en la medida en que sean privilegiados por la Constitución y los instrumentos internacionales que de ellos se ocupan.

La reparación integral no representa la constitucionalización de una institución del Derecho Privado

En base a los sostenidos de líneas anteriores, se puede reafirmar que la reparación considerada como derecho fundamental, es una institución con fisonomías propias, inmersa en los derechos constitucionales a los cuales se debe; por ende, cumple funciones propias, como parte de ese gran todo que significa la protección de los mencionados.

Como se verá en su oportunidad, ha explayado formas y modalidades que no puede alcanzar en ningún otro sector del Derecho. Por cierto, estas tienen dependencia, en la medida en que los derechos subjetivos lo van requiriendo cuando son quebrantados.

El medio constitucional le ha dado a la reparación una identidad apropiada, le ha dotado de un dinamismo único, acondicionándola a sus requerimientos puntuales en la esfera de los derechos naturales. Aquello no significa que se esté desconociendo el origen en el Derecho Privado de esta institución. Como tampoco equivale a desentenderse de que la misma es un aporte, principalmente con su estructura en cuanto a sus básicas modalidades, al ámbito constitucional. Lo que sostenemos es, que este último, en su campo de propósitos preferentes, la dispone a estas necesidades jurídicas.

CAPITULO IX

LA FUNCION DE LA REPARACION EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Los derechos subjetivos: La posibilidad constante de su inobservancia en los actuales tiempos

Si buscáramos una explicación de porqué hoy existe muchos derechos subjetivos elevados a la categoría de constitucionales, diríase que obedece -entre otras razones- a que ha prevalecido una preocupación por ellos, de reglamentarlos, frente al peligro de ser vulnerados; por ende, ha imperado la necesidad de elevarlos a dicha categoría. Entonces, su proceso de constitucionalización obedece a una orientación proteccionista.

Aunque, desde sus inicios constitucionales, estos derechos fueron resguardados ante una potencial infracción de parte del Estado, esa probabilidad en los actuales tiempos se ha extendido a otros sectores amenazantes con los cuales se convive de continuo. Por lo que esta acción de salvaguarda, se ha abierto a perímetros distintos del ente estadual.

Así, es razonable lo sostenido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en nuestro caso, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se ha dicho que:

“... Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo

órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

1. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

2. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

(Art. 14 de dicha Convención).

Ya habíamos visto que el advenimiento del imperio industrial fue coadyuvante para la aparición de la responsabilidad objetiva. Esto, debido a que -en términos generales- el Estado tenía que dar soluciones fijas frente a un escenario nuevo (en aras de mantener la tranquilidad social), donde el individuo se veía cada vez más expuesto, en su órbita de prerrogativas, y la responsabilidad basada en el principio de la culpa no ofrecía endereces apropiados.

Y si aquello significó una respuesta a lo que se estimaba imperioso, cómo habremos de apreciar en los tiempos actuales, el fenómeno del despliegue tecnocientífico, que hacen a su vez que los derechos individuales se vean más amenazados. De tal forma, se tiene que acudir a través de la norma jurídica, ante dichas situaciones, cumpliendo sus ineludibles aplicaciones: de una parte, ofrecer la enmienda concreta; y de otra, alimentar la tranquilidad social a efectos de que no se rompa el equilibrio entre los miembros de la sociedad. Dicho desempeño, siendo específico, estará

orientado en los sentidos ya singularizados. Por eso es que la reparación, en el terreno de lo constitucional, cumple un destino activo y dinámico; ese es el cometido que le destina este sector del Derecho. Y para eso se vale de la misma y la emplea.

La reparación integral y su calidad de derecho fundamental: generalidades

Débase partir denotando que la garantía de los derechos subjetivos a los que se ve obligado el Estado, tiene una amplia vertiente:

Así, la propia dogmática constitucional que a la vez de ser limitante del poder (uno de los principios del Estado de Derecho), dispone como una necesidad inminente, el señalamiento de los respectivos derechos fundamentales a respetarse.

De otra parte, siendo de interés universal los derechos subjetivos, es materia también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, regularlos; en esas condiciones, obliga a los estados a través de las convenciones a fin de que se cumpla con estos cometidos:

“Obligación de respetar los derechos.

1. *Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción....”.*

2. *(Art. 1, No. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o conocida también como Pacto de San José de Costa Rica).*

Ahora bien, en lo relacionado a la garantía misma, esta implica -como ya lo hemos dicho- una obligación para el Estado, acerca del ejercicio libre y pleno de los derechos constitucionales o subjetivos, a toda persona reglada por su jurisdicción. Para tal quehacer, deberá valerse de todos los componentes institucionales, a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, los que deberán asegurar su entera vigencia.

Dicho de otro modo, una garantía implica los mecanismos vigentes (principalmente acciones y procedimientos), que tienden a consolidar el respeto de aquellos, siendo así la manera de cómo la norma constitucional los protege, toda vez que esta se encuentra ínsita en el concepto de garantía.

Estamos entonces ante una vasta y compleja incumbencia, la que deberá observar la Administración Pública. De tal suerte, para cumplir todos sus cometidos deberá valerse de una diversidad de gestiones y en distintos órdenes.

“.....En un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etc.”¹⁶

16 BIDART CAMPOS, Germán J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Nueva Edición ampliada y actualizada a 2002- 2003. Tomo II-A. (Buenos Aires, 2003). Editorial EDIAR. Pág. 12-13.

Asimismo, se ha apuntado que los estados en dichas empresas (de garantizar los derechos subjetivos), deberán prevenir, investigar y sancionar su quebrantamiento. Esto, más que por afecciones individuales, está relacionado a una vocación social, a través de lo cual se procura dar una tranquilidad al conglomerado ante tal escenario.

En lo concerniente a la situación particular de la persona que ha sufrido el daño (dentro de esta doble vertiente), el ente estatal tiene la obligación de acudir con soluciones específicas, destinados (según la doctrina), a: 1.- Procurar el restablecimiento (dentro de lo posible), del derecho conculcado; y, 2.- Su reparación.

Como se verá, ambas situaciones son posibilidades reales que operan en lo constitucional ante la inobservancia de los derechos

subjetivos, las que a su vez encierran un sin número de manifestaciones que merecen una oportuna explicación pormenorizada.

En síntesis, la reparación en este entendido, es el instrumento concentrado en el cuerpo dogmático de la Constitución, a emplearse en los fines garantistas que ofrece a los derechos subjetivos o fundamentales.

La reparación integral en el campo constitucional: aspectos que abarca

Al tenor de los sostenimientos que venimos realizando, la reparación cumple funciones, por supuesto, que le ha encomendado el sector constitucional, a saber:

a. La reparación, observada como la respuesta jurídica frente al daño

En el escenario constitucional, la reparación no es una lógica consecuencia de la violación de un derecho subjetivo, como se ha dicho.

En efecto, entenderla de la manera advertida, es valorarla como un aislado resultado natural, huérfana de toda sistematización y carente de toda proyección histórica. Su panorama, más allá de que se está en sus inicios estructurales, con base jurídica de un derecho elemental, está lejos de ser el solo desenlace del ataque al derecho subjetivo.

Estamos ante una institución aplicada por el sector constitucional en sus objetivos específicos. Y bien podemos decir, ejerciendo funciones confiadas.

Esta tiene aquí un actuar dinámico, vivo, a acrecentarse. Propósito que le ha sido consignado, por lo que no actúa con planes predeterminados, como ocurre en el ámbito del Derecho Privado. Frente a este último, se ha sostenido que:

*“.....La finalidad atribuida a la reparación es clara. Definitivamente, se aspira a la recuperación del equilibrio o nivelación imperante entre las partes _en el marco contractual_ o bien entre semejantes _en la esfera extracontractual_ por la buena fe y respeto que debe primar en ambas relaciones y que se ha perdido por ocasión del daño perpetrado por uno de ellos.....”.*¹⁷

17 FERNANDEZ MADERO, Jaime. op. cit. Pág. 558.

Bajo esta perspectiva, al ocuparse la Constitución de los derechos elementales del individuo, la reparación en su orientación de protegerlos (en términos amplios), ha de valerse de medios que estén a dicho nivel. De allí que tampoco se puede sostener que su función sea el simple restablecimiento de que gozaba la víctima antes de sufrir el injusto daño y que no estaba en la obligación de soportarlo.

Otro de sus identificativos es que, ocurrida la situación fáctica, en forma categórica, deja de lado cualquier preámbulo en que se pudiera convertirse todas las derivaciones dañosas, para ocuparse de las resultas del mismo.

En estricto rigor, la reparación -en este campo del Derecho- actúa buscando subsanar las manifestaciones del daño en concreto. Tratando, en principio (lo que los doctrinarios en el ámbito del Derecho Civil lo avizoraron mucho antes), crear una situación idéntica o equivalente a la que existía antes del daño. Con ese designio, y como la jurisprudencia de los tribunales internacionales lo han instituido, se recurrirá a la diversidad de formas o modalidades específicas y propias.

Más allá de las consideraciones primordiales que se le dé a la víctima, cabe añadir que, desde la visión sustantiva, de igual forma genera una responsabilidad. Esto es, a partir de ese instante se materializará, el sujeto pasivo, obligado a la reparación; aspecto este, de mucha preocupación en el ambiente doctrinario, pues se trata (en nuestro caso), del precisado a satisfacer las resultas del perjuicio.

Ahora, por sus atributos en el espacio de los derechos subjetivos, es de observarse que no queda en su totalidad de lado el concepto de la sanción resarcitoria. A más de

que todo gire en torno a la víctima. Aunque bien se puede decir en cambio, tal estimación pasa a un segundo plano.

Acotamos (y no con un ánimo reiterativo en lo relacionado a que la reparación de los derechos fundamentales es de regulación del Derecho Público), es el Estado, más allá de si es el sujeto pasivo, debido a su ubicación en el universo de las relaciones jurídicas, acaecido el daño, no solo el encargado o el llamado, sino el precisado a solucionar aquel momento, a efectos de que no se convierta en un posible conflicto jurídico que traiga a su vez como resultado una inestabilidad en el normal desenvolvimiento interno de un conglomerado.

Por lo mismo que, comprometido directo (el ente estatal), en concurrir con satisfacciones claras, tendientes a solucionar el inconveniente, acude con un doble propósito: particular, preciso y efectivo para la víctima; y, general, creando confianza, fomentando la paz social, la tranquilidad para la sociedad.

Todo por supuesto, sin confundir que se trata de los derechos fundamentales, de los que se ocupa la Constitución en forma directa debido -entre otros- a un interés nacional; pues de las relaciones jurídicas derivadas y que sean ajenas a dichas regulaciones, se encargan las leyes especiales creadas para el efecto.

Desde esta óptica, la reparación es la respuesta del sistema constitucional, haciendo efectiva su facultad de reglamentar aspectos específicos de los fenómenos sociales, dirigidos al sujeto y sus derechos básicos, así como al mantenimiento del orden y la tranquilidad mutua.

Señalamos -de otra parte-, al Estado como medio de la comunidad para los efectos de responder frente a los daños sufridos de manera injusta por uno de sus miembros; pues, en definitiva, es esta la que ha de preocuparse de su resarcimiento, de manera solidaria, ante la carga injustamente sufrida o que no ha sido impuesta en legalidad.

b. La función de tutelar los derechos constitucionales

Ha sido resaltado -como principal- el ejercicio de la reparación como atribución del individuo ante las circunstancias ya evocadas. Pero sin duda que aquella no es su única aplicación, pues cumple como lo hemos instado, un destino garantista (en términos amplios), de los derechos constitucionales.

De alguna manera, este ejercicio compromete al Estado, que debe abocarse a la creación de instituciones jurídicas con dicha finalidad; dictar procedimientos efectivos para soluciones concretas; y, en lo jurisdiccional, establecer (al menos en teoría), todos los medios necesarios.

Este cometido tutelario ha contribuido a que la reparación en este recinto adopte formas o modalidades totalmente diferentes de cualquier otra rama del Derecho. Vale decir, si bien, teniendo orígenes en el Derecho Privado, es un elemento aplicado por el sector constitucional y cuyo norte en este campo es exclusivo: efectuar desempeños atribuidos; preocuparse de la plena vigencia de los derechos subjetivos.

c. La función de índole preventiva

Ya se ha visto que la reparación, en cuanto prerrogativa, acude a través de sus diversas formas ante el perjuicio del

sujeto-víctima. De otra parte, ha de ocuparse de las repercusiones que pueda acarrear tal acontecimiento específico. Por supuesto, se vale de la norma jurídica en su exigencia para con el conglomerado al que también se debe.

En efecto, como una particularidad en el cumplimiento de su quehacer garantista, estará orientada a “prevenir” cualquier detrimento. Las mismas formas empleadas para solucionar la situación en particular, se convertirán en antecedente a observar, en esta finalidad tutelar.

Por ello hemos distinguido que, mientras en el Derecho Privado es más bien puntual, restringida, y su marco se circunscribe al denominado “resarcimiento específico” y a la indemnización dineraria”; el sector constitucional en cambio, la acondiciona a sus propósitos, dándole un radio de acción mucho más amplio e indeterminado. Aquí, esta adopta formas o modalidades acorde las circunstancias jurídicas que así lo requiere este. Es entonces el medio constitucional el que disciplina e impone sus directrices y no la institución de la reparación la que actúa con sus especificidades primarias. De allí que esta institución en el campo constitucional reciba el nombre de reparación integral.

La reparación integral: necesidad de instituciones sustantivas y normas concretas de procedimiento, para el cumplimiento de sus funciones

El proceso de institucionalización de la reparación en el entorno constitucional, no ha estado al mismo nivel que en la realidad internacional. Siendo esta última la que ha tomado las iniciativas en cuanto a su situación jurídica tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

Sin embargo, y por su innegable influencia en los sistemas internos, por parte de las normativas internacionales, se puede decir que es concluyente que nos hallamos ante institución del contexto Constitucional.

Si bien, ya no es de controversia el considerar si se trata o no de un derecho (aunque a nivel algunos ordenamientos jurídicos, no se encuentre implementado como tal). No está muy lejana la posibilidad de dotarla del debido potencial de una institución con jerarquía constitucional.

CAPITULO X

LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Generalidades

No se hace referencia a las formas o modalidades a través de las cuales se exterioriza esta, en el sector de los derechos protegidos constitucionalmente, ya que, a verse en este terreno, tiene una diversidad de modos y es propio de su rol proteccionista.

No es contradictorio sostener que aquí la reparación no debe ampararse en ningún apelativo (llámese integral, íntegra o plena), excepto que sea de necesidad rigurosa para fundamentar un punto de vista, una resolución, etc.

Las representatividades que se la quiera atribuir (integral, íntegra, plena) están ínsitas en su propio sentido. Esta no sería tal, sino abarcara en alguna medida todos los aspectos integrantes de los daños a los derechos protegidos a nivel supremo.

El cómo se realice una reparación, no va a depender del previo calificativo que se le asigne, sino, en cómo se enfoque los diversos derechos que se vean afectados ante una sola lesión. Derechos que a su vez al ir acrecentándose (pues se caracterizan por ser progresivos), las instituciones que se ocupan de su protección y garantía, han de volverse más complejas.

La evolución del principio de la reparación integral

No es cuestionado que el daño, dentro del contexto jurídico, es un concepto mucho más específico que el simple acontecimiento que modifica determinadas realidades. Es una diferencia que se ve reflejada en el instante en que opera su resarcimiento, previa la evaluación del daño, con los criterios del Derecho.

Dichos puntos de vista que han reinado sobre todo en el recinto del Derecho Privado, toman cierta particularidad en sector de los derechos subjetivos regulados constitucionalmente; pues adoptan en este último, un campo de acción mucho más amplio, a tal punto que, acontecido un daño, ciertamente identificado como tal, no podríamos en su respuesta, hablar de una evaluación o de una cuantificación, como el antecedente ineludible y de antesala para su indemnización o un resarcimiento, sino de una acción menos mecanizada y más autónoma que conduzca indefectiblemente a una reparación, con todo lo que ello aquí implica.

Es de señalarse -en otro plano-, que esta institución (reparación integral o plena), no es propio del ámbito constitucional, pues ya en el Derecho Privado se había manifestado, como lo analizáramos en páginas anteriores.

En ese sector, si bien ha sido difundida aquella con esta calidad jurídica, no ha pasado de esas consumaciones; vale decir, sin que haya alcanzado mayor notoriedad por motivo alguno. Más bien su aplicación ha sido de advertencia que, ante el hecho específico, debe estar dirigida a alcanzar todas las implicancias y secuelas del daño. Y

que tampoco se deba sobrepasar de estos naturales límites, so pena de convertirse en la ilegalidad de enriquecimiento ilícito de parte de la víctima.

Sin embargo, para el Derecho en general, en esta tarea que se le presenta ante estos agravios, está la necesidad de instituir una salida, la que por muchos autores ha sido vista como el restablecimiento del equilibrio que existía anterior al hecho dañoso y que fuera alterado por este último. No participamos de dicha finalidad atribuida a la reparación (en materia de derechos subjetivos), toda vez que sus repercusiones tienen el distintivo -por lo general- de ser contundentes, haciendo muy difícil la consecución de la misma.

Sustentamos incluso que, si fuere posible aquel restablecimiento, no se cumple el designio medular que encierra el principio de la reparación integral, íntegra o plena. Por razones notorias, no se justificaría ni siquiera pensar en tal apostolado.

Asimismo, no cabe confundir esta institución, con el hecho de que todo daño ha de ser reparado. Y en esa comprensión -sobre todo los iusprivatistas- hacen hincapié en sostener que no es lo mismo hablar de daño en campo jurídico, que hacerlo en el terreno de lo material, de la realidad en general.

Y no se trata de una manipulación conceptual, pues, esta diferenciación permite especificar en qué evento puede ser resarcible aquel. La oportunidad de esta aclaración radica en que para una reparación en el espacio de la norma coercible (ya que la doctrina así lo ha establecido),

debe darse la existencia del nexo causal entre la acción del agente con el daño.

Pero en el sector constitucional, ni siquiera el hábito de que el sistema reparativo deba ser más acucioso y prolijo, tratando de extenderse a todas las facetas de los derechos de quien lo sufrió, justifica hablar de reparación integral o plena; pues, con o sin apelativos no tiene porqué alterarse en cuanto a sus finalidades naturales.

No debe primar a la hora de su aplicación, ni el contenido de la norma jurídica, o el carácter conceptual de la misma (integral, íntegra, plena), sino la dimensión de los resultantes que ha sufrido la víctima. De ello debe depender, en definitiva, la magnitud que alcance esta a través de sus diversas formas o modalidades.

a. La acción valorativa de la reparación, sobre las consecuencias del daño

Defendemos que la reparación (asumiendo que nos referimos siempre, a la identificada como reparación plena o íntegra), en el contorno de los derechos constitucionales, actúa a través de una acción valorativa y calificativa de las manifestaciones objetivas del daño. Esto es, examina los diferentes componentes de la esfera jurídicamente protegidos del individuo, que han sido objeto del hecho dañoso y que deben o merecen ser reparados, por medio de cualquiera de sus modalidades. Va más allá, entonces, de la fórmula de una evaluación o cuantificación para luego indemnizarse.

Quizá a eso se refieren los que sustentan esta teoría de la reparación integral o plena; a que frente a un caso con-

creto incumba analizar cuáles han sido los sectores afectados -todos-, por ende, que deban ser reparados (a través de cualquiera de sus formas) y en su totalidad.

Es de destacar en ese aspecto, las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha enfatizado una serie de coyunturas atingentes a los daños y ante lo cual ha tratado dentro de lo posible subsanar -como queda dicho- a través de las diversas modalidades.

No obstante, el punto de apellidar, puede ser motivo de confusiones; pues si se sostiene que la reparación debe ser integral, íntegra o plena, da la impresión de que existiera otra que no reúne estas características, es decir una simple, llana y que puede ser factible.

De allí que no cabe hablar de reparación con calificativos o identificadores, sea cual fuere estos; pues está orientada a una finalidad absoluta, y por su naturaleza, al ponerse en práctica ante un caso en específico, siempre tiene que ser integral, íntegra o plena, siendo indiscutible que esta se verá así identificada, por la necesidad de adecuarse a la situación fáctica que corresponda.

b. Aspectos a considerarse en el ámbito de esta acción

Previo a situar las diversas modalidades que ha de adquirir la reparación, hemos dicho que en el recinto constitucional se da una tarea destinada a la valoración de la naturaleza y las repercusiones (cuantas existieren) del daño que ha sufrido la víctima en sus derechos subjetivos, con el propósito de todo lo que obre por concepto de reparación, deba ser lo más adecuado a su situación y que por supuesto comprendan las capacidades afectadas. En este

entendido, se debe apuntar por, sobre todo, hacia una prevalencia del principio de justicia.

Ante esta tarea, a notarse es que, en alguna medida el tipo y alcances del daño, es lo que prefijará las formas o modalidades reparativas. Por ello, cada caso es diferente, tanto por las formas a emplearse, como en la repercusión por su intensidad que tengan estas.

Dicha cualidad, de ser no solo más extensa, sino dinámica, es lo que la diferencia de cómo esta actúa en el medio del Derecho Privado.

Los aspectos a considerar variarán en concomitancia a la gravedad de la lesión de los derechos subjetivos, así como de acuerdo al alcance que hayan tenido al círculo de estos. Por ejemplo, ante la muerte de una persona, puede converger la reparación por la muerte misma; por el daño moral a sus parientes y demás titulares del derecho a ser reparados; por el daño al derecho del proyecto de vida. Puede darse también la nominada reparación preventiva (consiste en una serie de medidas que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos y está dirigida a ordenar la dación de medidas legislativas con finalidades específicas, pero siempre tendientes a velar por su actividad garantista).

Complementase con el deber de investigación, de sanción a los responsables, la rehabilitación o las garantías de no repetición. Todas estas son formas o modalidades de reparación que no tienen cabida en el Derecho Privado.

CAPITULO XI

FORMAS Y MODALIDADES DE LA REPARACION INTEGRAL EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL

Antecedentes breves

En este aspecto, y sin pretender ser reiterativo en situar diferencias entre el sector del Derecho Privado y el terreno de lo constitucional, podemos señalar que en este último, es posible ver con claridad cómo se acondicionan a los distintos casos y a las necesidades fácticas que son las reguladoras en definitiva, de las formas y modalidades que adopta dicha institución.

Ha hecho hincapié en esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus fallos, dejando en claro que aquella debe guardar relación con las violaciones de los derechos subjetivos declarados mediante sentencia.

No obstante, existen puntualidades frente a las cuales, el gran dilema todavía no es resuelto y tiene vinculación con la forma o modalidad a emplearse ante ciertos derechos como el de vida, la integridad física. Esto por supuesto, más allá de los esfuerzos que ha explayado la norma jurídica, tendientes a buscar la mejor de las formas en la reintegración del equilibrio alterado a consecuencia del hecho dañoso.

En tal sentido y ante la gran verdad que no es probable una solución ni siquiera por la mejor de las modalidades recaladas por la Corte Interamericana, vale decir, la restitución plena o *restitutio in integrum*, pero como no puede

quedarse en una situación de irresolución, el Derecho Positivo ofrece alternativas con trascendencias a la víctima. Se ocupa de ello a través de soluciones prácticas que serían los dispositivos reparativos, y que tribunales como los denotados, han dado realce a manera de solución jurídica. Entonces, si algo admite destacar, es que se trata de abarcar todos los aspectos del derecho subjetivo damnificado y para ello se han instituido la diversidad de formas o modalidades; las que no pueden ser enumeradas en términos taxativos ya que dependerán de la variedad y carácter del daño. Quizá esto sea lo más matizable de estas, ante los casos predichos y frente a la imposibilidad de que opere la *restitutio in integrum*.

Otro atributo relevante, como un medio de abordar los resultados del daño (a más de los consiguientes materiales que son propios del Derecho Privado), ha sido las consideraciones de lo que se ha dado en llamar daño inmaterial; concepto que agrupa ciertos identificativos: los sufrimientos y aflicciones de la víctima y de su círculo familiar; el menoscabo de valores importantes para la persona; las alteraciones de perfil no pecuniario en las condiciones de existencia del afectado o su entorno, entre otras.

La reparación ante estos casos se identifica actuando de dos maneras, a saber:

Por una parte, está la que podríamos adjetivar de directa y que consiste en general en una indemnización declarada, favoreciendo al perjudicado o legitimarios. Debe ser fijada por el juez mediante sentencia respectiva y en base a los antecedentes obrantes en el proceso. Puede tratarse también de bienes materiales de similar significación para el o los beneficiarios.

En segundo lugar, está la que denominaríamos reparación indirecta y que apunta a la sociedad, pero siempre en relación con la víctima; tratando de dignificar su memoria; con medidas que tendrán el propósito que hechos dañosos puntuales no se vuelvan a repetir

Como ya se dijo, no hay un sistema instalado, ni que unas desplacen a otras en su consecución.

Por último, es de subrayar que el concepto de víctima para los efectos de la reparación, tiene un alcance mucho mayor en el escenario de los derechos constitucionalizados. Pues, no solo comprende los que reconoce el Derecho Privado, sino que están incluidos, a más de quien haya sufrido los daños directos y sus parientes, el compañero o compañera permanente y el familiar en primer grado de consanguinidad. Llegando a un límite excepcional de las personas que ostenten haber tenido una dependencia afectiva, material y convezan que necesitan de las prestaciones que recibían de la víctima. En este último caso, cuando esta hubiere fallecido o hubiere sido declarada desaparecida.

El principio de la restitutio in integrum

También tiene su florecimiento este principio en el Derecho Privado. Muchas legislaciones todavía reflejan en sus regulaciones estos mandamientos ante el caso de la reparación.

Los regímenes que normativizan los derechos elementales, predicán, dando una primacía ante todo a la restitución, igualmente calificada de “plena”.

Lo habíamos anticipado, esta intención del “restablecimiento a la situación anterior” que encierra el principio *restitutio in integrum* puede ser visto desde dos facetas y con un resultado diferente:

a.- Como una posibilidad relativa de poder realizar en favor de la víctima, a manera de prioridad y acorde al argumento de los fallos dictados por la Corte Interamericana, en la medida de lo posible.

b.- Su asomo debe darse, aún a costas de ponderar que eso no es posible realizar; no obstante, su no indicación de fundamento, daría lugar a pensar literalmente en una renuncia a tal principio, lo que no puede proyectarse por ningún motivo.

De otra parte, si este postulado era de concreción factible en épocas pasadas, hoy, ante la diversidad de ramificaciones que puede comprender un solo hecho dañoso, no es asequible la sola restitución. Vale decir, ante una situación de aquellas, para que la víctima tuviere acceso a la misma (más todavía si se habla de reparación integral, íntegra, plena), no siendo quimérica la restitución, le correspondería asimismo una indemnización (u otra forma o modalidad), porque involucra otros derechos que haya acarreado el daño. Por ejemplo, ante la privación ilegítima de la libertad, donde no se subsana con la sola devolución de su libertad a la persona; pues a más de dicho acto ilegal se ha cometido otros: psicológico, al honor, a la dignidad, etc. Por tanto, una reparación debe incluir todos esos aspectos y efectos, para ser catalogada como justa (o como diría la mayoría doctrinaria, que fuere íntegra y plena).

Ante tales contingencias, está claro que ni siquiera el restablecimiento a las condiciones anteriores (cuando esta es posible), soluciona en totalidad una reparación del daño. Esta tiene que ser complementada con otra de sus expresiones.

Sostenemos que este principio ha sufrido un desgaste propio del avance social y si en otros tiempos solucionaba un estado de un hecho dañoso, hoy, cuando es factible esta, debe ser integrada con una o varias de sus pares que actúan en materia de derechos supremos.

Las formas y modalidades que adquiere la reparación integral en el ámbito constitucional

Hay ciertas características a tomarse en cuenta de lo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha difundido en este sentido y que dicen relación con la operatividad de las formas o modalidades reparatorias frente a un hecho puntual. Una de estas, es que no obran en forma excluyente; vale decir, pueden complementarse unas con otras.

Es preciso denotar también, como identificativo de este derecho elemental, que no adopta un conjunto delimitado de formas o modalidades, sino que pueden ser diversas (como ya lo señaláramos), dependiendo de la naturaleza y particularidades que haya tenido el daño.

Cada una de estas se ha ido extendiendo con la aparición de nuevos derechos naturales que se han visto amenazados o han sido inobservados. Esto nos indica que sus formas seguirán dándose en progresividad (como debe ir evolucionando además la norma jurídica encargada de su

regulación, la que ha de tener la propiedad de ser constante, dinámica, acorde a los escenarios sociales imperantes).

Siguiendo el patrón referido, es de indicar cuáles son en la actualidad las formas o modalidades que han alcanzado mayor presencia; clasificación que se ha realizado solo de manera taxativa. Aunque sobre el tema, la doctrina recoge el documento denominado “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; antecedente que fuere presentado por la 61ª Comisión de Derechos Humanos a la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2005/35 , y según el cual sobresalen: la restitución, la rehabilitación , la indemnización, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

Destaquemos en qué consisten cada una de ellas:

a. La restitución

Esta forma de reparación, concebida como el restablecimiento de las cosas al estado anterior al hecho dañoso, desde un marco generalizado se convierte, a

decir de algunos partidarios, no solo en una improbabilidad sino como algo imposible, vista desde el ángulo de su materialización.

Sin embargo, al examinarse cuál es la intención de los redactores del documento aprobado por las Naciones Unidas ya referido y que rotulan a este tipo de reparación como la ideal, se puede notar, existe una finalidad muy específica lo que la convierte en algo alcanzable y realiza-

ble. Su radio de acción restringido que se le ha asignado permite que sea una forma de reparación práctica.

Así, se le atribuye como un designio a la restitución, el restablecimiento de la libertad; el disfrute de la identidad, de la vida familiar y la ciudadanía; el regreso a su lugar de residencia; la reintegración a su empleo; la devolución de sus bienes.

Como se puede observar, por medio de las especificaciones plasmadas, se ha instaurado cual es la finalidad de este instituto, fijándosele procederes que las asume en un momento dado. Sin duda se trata de una figura creada para el cumplimiento de inconfundibles funciones.

El sentido práctico mencionado, opera, sin perjuicio de que posee otras consigas que integrándose -si bien no cumplen un quehacer directo-, conceptualmente contribuyen a la intención garantista de la reparación, y su sola mención es un norte a tenerse siempre presente.

Mas, el transcurso del tiempo ha hecho que por sí sola (ni aun utilizándola en un sentido restringido), no alcance a ser suficiente para los fines de resolver con plenitud un acaecimiento en particular. Siempre ha de necesitar del auxilio de otras formas o modalidades. Sus restricciones evidencian lo que ya se ha dicho al respecto; esto es, el paso del tiempo la ha limitado a tal punto de necesitar integrarse, a efectos de que esta revista caracteres de ser justa y equitativa.

De otro lado y como corolario del avance social, frente al surgimiento de nuevos derechos subjetivos que han necesitado de la afluencia de nuevas formas de reparación,

su actuar se ha limitado a ciertos derechos que ya han sido sugeridos en el documento de la ONU, que dicho sea de paso, su mención la encontramos acertada.

b. La indemnización

Conocida también como compensación pecuniaria, es el instituto jurídico que mayor conserva las peculiaridades asignadas por el Derecho Privado. En general, suple o prevalece a la restitución como forma de reparación en el sector proteccionista de los derechos de élite constitucional. Está dirigido de manera especial a la víctima.

Sin embargo, la discusión se ha centrado en otros aspectos (que, de la misma manera, es propio del Derecho Civil) y dice relación a que esta debe tener el distintivo de ser apropiada y proporcionada a la gravedad del daño y a los detalles de cada caso. Es decir, en términos generales, la indemnización actúa como la forma más apropiada (sin ser la única), para aplacar las implicancias de la ofensa a los derechos subjetivos; pero en lo específico, cada realidad será la que prefija cuándo la indemnización debe ser la proporcionada y tener rasgos de ser justa.

En cuanto a valorar si aquella reúne esos requisitos, pensando en la víctima, es decisión que compete al sentenciador; quien, a la luz de los medios probatorios aportados al proceso, así lo decide. En este sentido (para muchos teorizantes), se trata, sobre todo en los casos donde están involucrados derechos como el de la vida, de un criterio arbitrario, al margen de que una sentencia esté precedida de referencias fundadas, ya sean estas de carácter objetivo o subjetivo.

Ciertamente, siendo esta, la que tiende en la medida de lo posible a compensar por el agravio sufrido (que muchas veces puede traer repercusiones irremediables, como cuando se trata de la pérdida de la vida). De todos modos, el hecho de que se hable de una compensación y no de una obligación impuesta, hace prever que hasta en esas ocasiones se tuvo presente para llevar a cabo esta institución jurídica, a la víctima.

Y como está orientada al cumplimiento de una intención, esta es la que se ha de ocupar en forma prolija, sin dejar nada al azar, en cuanto a los derechos que puedan quedar sin ser detectados sus daños, para que el perjudicado no sufra menoscabo alguno en los mismos. De allí que la indemnización se manifieste a través de diferentes matices que, en la medida de los cambios sociales, se han ido proliferando. Allí está el nexo intrínseco de una norma de Derecho eficiente, que a tono con los tiempos imperantes debe estar envuelta de un ropaje dinámico y progresista.

De otra parte, debe anotarse que, en el espacio constitucional, la indemnización guarda otras de las especificidades originarias del sector jurídico civil, toda vez que sigue comprendiendo tanto el *lucrum cessans*, como el *damnum emergens*.

Veamos las eventualidades en las que se aplica y por qué conceptos una indemnización (haciendo mención que seguimos los principios y directrices mencionadas en el documento de la ONU ya señalado), la que puede presentar variaciones, según el caso en concreto.

1.- El daño físico o mental.

Cuando las secuelas del daño han sido de esencia física o psíquica, debe aplicarse la modalidad de reparación indemnizatoria y está dirigida a subsanar los desenlaces de ese sector de la esfera jurídica individual. Por el tipo de perjuicio y su naturaleza, está claro que no puede haber otra categoría que la dineraria y ha sido pensada en la víctima particular, como receptora del detrimento injusto, lo que dará como resultado que se compense por dicha situación.

Este sub-tipo indemnizable, a su vez examinará si el daño ha producido incapacidad transitoria o permanente; parcial o total; o, ha sido de índole estética etc. Mientras que a nivel de las lesiones psicológicas estarán la angustia, la depresión, la ansiedad, entre otros, que le haya traído como resultado el menoscabo y que deban ser reparables a través de la indemnización.

2.- La pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación y las prestaciones sociales.

De las condiciones personales del agraviado dependerá la apreciación del tipo de resarcimiento a

aplicarse, y en situaciones así, la legislación positiva internacional no deja de lado factores como la educación, actividad o profesión, edad, sexo, situación social; realidades familiares o de los dependientes que a su cargo haya tenido la víctima, entre otros.

La indemnización por la pérdida de oportunidades está encaminada a cubrir un daño futuro, la posibilidad que en un grado de certeza tenía la víctima de un beneficio económico.

A tenerse en cuenta, a criterio del ya destacado documento de principios y directrices, es “la pérdida de oportunidades entre las cuales se destaca la educación y las prestaciones sociales”. Eso no significa que los otros factores no deban ser tenidos presente al momento de resolverse en juicio, sino que éstos deben ser valorados de manera individual para tal efecto.

3.- Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

Es de entenderse que una persona para poder vivir y sustentar a su familia, debe mantenerse a través de ingresos económicos estables, que a su vez son generados por el trabajo. De allí que, al ocurrir el hecho dañoso, interrumpe dicho proceso causando un detrimento en ese sentido a la víctima y a sus dependientes (sobre todo su núcleo familiar).

Tomando en cuenta que -por regla general- esto ocurre de esa forma, se habla del lucro cesante, que atiende a las ganancias o ingresos económicos fieles y reales de los que se vio privada la víctima. Sus limitantes a su vez dependerán de si las secuelas del daño son transitorias o permanentes, totales o parciales.

4.- Los perjuicios morales.

Los resultantes de la lesión no siempre son materiales o patrimoniales, sino que tienen otros alcances y se manifiestan a través del sufrimiento, el dolor; afecciones íntimas u otros.

Por supuesto, esta categoría de perjuicios no es factible de una determinación material, a efectos de cuantificar una

forma exacta su reparación dineraria. De allí que, cualquier intento en tal sentido, solo sea tendiente a compensar en algo las secuelas del daño, o dirigida a aliviar dichas ramificaciones. De todo ello se ha de encargar el sentenciador, quien resolverá a la luz de los argumentos existentes en el proceso.

De todas formas, la Corte Interamericana al respecto ha sentado el precedente que, a más de la modalidad dineraria, es factible la dación de medidas forzosas a cumplirse, en especial de parte del Estado, con repercusiones públicas, siempre en memoria de la víctima, cuando así proceda.

5.- Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

Quizá sea este el rubro indemnizatorio menos dificultoso de realizarlo, toda vez que este derecho deriva de todas las necesidades que la víctima ha tenido en su atención, producto del hecho dañoso.

Se puede decir que este tipo de gastos se bifurca a su vez en dos partes, a saber:

Lo concerniente a los honorarios de todos los profesionales (tal como dice el documento de directrices y principios), que hayan intervenido con motivo de las lesiones; y,

Todo lo que diga relación con los medicamentos y demás insumos que se haya necesitado en el transcurso de su mejoría.

c. La rehabilitación

Dada la necesidad de profesionales especializados que deberán intervenir en la recuperación de la persona, debido a las implicancias del daño, necesitará para esto de la intervención entendida. Todo ello origina un costo que la víctima no tiene porqué asumirlo. De lo que se desprende que este va a ser cubierto por el autor del perjuicio.

Incluso, según los puntos de vista imperantes en esta materia, no se excluye de esta responsabilidad, ni siquiera el hecho de que el damnificado haya tenido contratado un sistema de atención médica prepaga. Todos estos gastos a realizarse como una obligación del autor deberán hacerse hasta una convalecencia absoluta.

Para algún sector de la doctrina, los rubros indemnizatorios debidos por concepto de rehabilitación, más que ninguna cosa, se trata de una forma de reparación in natura, puesto que todo está dirigido no a entregarle una cantidad de dinero y se desentiende con ello el causante. Por el contrario, este se ocupa por sí mismo hasta que culmine la enmienda.

De todas formas, y sea cual fuere los puntos de vista prevalecientes al respecto, lo cierto es que todo lo relacionado a los gastos de convalecencia física o psíquica deben ser solventados hasta la total recuperación de la víctima.

d. La satisfacción

Está identificada como una de las representaciones que por lo general actúan con la concurrencia de una o más de las ya especificadas. Es propio de los derechos subjetivos.

Es decir, no la encontramos en ninguna otra rama del Derecho como medio de reparación.

Esta modalidad está llamada a cumplir propósitos específicos, pensando siempre en el buen nombre de la persona que ha fallecido como resultado de una violación de sus derechos protegidos constitucionalmente. Tiene entonces la distinción de estar enfocada hacia la sociedad, de allí que, toda acción encaminada a esta empresa constituirá una medida de satisfacción válida, que el juez ha de expresar su realización mediante sentencia. La aludida resolución 200/35 de la ONU sobre los principios y directrices básicos, ha implantado las principales medidas a tomarse ante los hechos en concreto y que consisten en:

1.- Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas.

2.- La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudarla o impedir que se produzcan nuevas violaciones.

3.- La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad.

4.- Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.

5.- Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

6.- La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones.

7.- Conmemoraciones y homenajes a las víctimas.

8.- La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

e. Las garantías de no repetición

Este tipo de medidas está encauzado a evitar que las víctimas vuelvan a ser afectadas en sus derechos elementales, ante nuevos daños. Se trata, que mientras la violación de cualquier derecho subjetivo ha calado hondo en la conciencia social, mayor es la forma de manifestar de una medida de no repetición. Está orientada hacia el espacio social con un mensaje claro del Estado, tendiente a establecer confianza en el sistema jurídico reinante y de paso también, pensado en aliviar en algo el dolor de los perjudicados sobre todo cuando el resultado ha sido la pérdida de la vida.

Mencionamos los principales perfiles a través de los cuales se cristaliza las garantías de no repetición y que han

sido formuladas en el documento antes indicado, siendo estas:

1.- El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

2.- La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

3.- El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

4.- La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

5.- La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; de las fuerzas armadas y de seguridad;

6.- La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

7.- La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;

8.- La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario, o las permitan.

f. Medidas en materia de justicia

Estas medidas también responden a los principios preestablecidos en el Art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y tienen relación con el derecho tanto las víctimas como la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido ante violaciones de los derechos humanos:

“... 129. En casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas como parte de un patrón sistemático, los órganos del Sistema han señalado que las medidas en materia de justicia adquieren una particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y de la naturaleza de los derechos lesionados.¹⁸ Ello, dado que la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfagan las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad sobre lo sucedido.¹⁹”

Investigación y sanción

130. Los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de violaciones de los derechos humanos y, en este sentido, están

18 CIDH, Informe No. 56/19. Caso 13.392. Admisibilidad y fondo. Familia Julien - Grisonas. Argentina. 4 de mayo de 2019, párr. 150.

19 CIDH, Informe No. 56/19. Caso 13.392. Admisibilidad y fondo. Familia Julien - Grisonas. Argentina. 4 de mayo de 2019, párr. 150.

*obligados a garantizar a las víctimas y a la sociedad el derecho a conocer la verdad. Esta obligación adquiere una connotación especial y estricta en casos de graves violaciones de derechos. Además de constituir formas de administrar justicia, estas medidas están concebidas para maximizar el conocimiento de la verdad de lo ocurrido”.*²⁰

20 CIDH. Directrices generales de seguimiento de recomendaciones y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.173, Doc. 177, 30 septiembre 2019, Anexo 1 – Tipos de medidas recomendadas por la CIDH, pág. 25.

CAPITULO XII

LA REPARACION INTEGRAL: SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El derecho a la reparación integral en materia constitucional es inherente a los elementales derechos del hombre

El constitucionalismo moderno orienta su visión hacia la organización y funcionamiento del Estado, (teniendo como punto de referencia el axioma de la división de poderes). De otra parte, no deja de lado la reglamentación de los derechos elementales. Esta última, como una necesidad inmanente para los efectos de asegurar su respeto por parte de la Administración Pública.

En este plano, si bien en el comienzo del Estado de Derecho, era suficiente la sola mención de estos derechos, de una manera literaria; hoy tal aspecto, no basta con las simples declaraciones de antaño, pues, se necesita expresarlos con precisión y en muchos de los casos, de manera autónoma. Ante tal situación y por su nexo de dependencia de los derechos con jerarquía constitucional, es obvio que, en la medida de verse vulnerados, mayor despliegue necesitará la reparación para esos casos.

Acorde con el sector de la doctrina que justifica al garantismo constitucional encauzado, por una parte, a lo organizativo del Estado, en todas las perspectivas en las que ha de actuar; y de otra, encargada en prefijar los derechos elementales de la persona, se puede en consecuencia decir que el ente estatal, desde sus inicios constitucionales lleva

de manera única, una incumbencia sustancial que apunta a asegurar la plena vigencia estos derechos.

Algunas leyes supremas no se muestran ajenas al respecto y han sido muy puntuales, no dando lugar a duda de ninguna naturaleza, poniendo grandilocuencia en el principio del garantismo constitucional, cuando concluyen que:

“El Estado está al servicio de la persona humana y ha de promover el bien común”.

(Art. 1 de la Constitución de Chile).

En ese argumento, no es de extrañarnos que las normas supremas, no sean las únicas que se ocupen en forma expresa de lo concerniente a los derechos elementales y su plena vigencia; sino que, además lo hacen (y de la misma forma), normas del Derecho Internacional Público, a través de su rama específica del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos. Siendo entonces regulados desde dos ángulos jurídicos estos derechos, para su pleno respeto.

Y como ya lo indicáramos, si bien en la etapa de inicios del Estado de Derecho era suficiente para estas finalidades tan solo con la mención de conceptos puntuales, la evolución de las sociedades ha exigido de un sistema mucho más complejo y preciso para su efectividad, ante la insuficiencia de la sola mención de los derechos en la Constitución. Es donde la reparación aparece robustecida (a estas alturas del desarrollo social), ante la trasgresión de los mismos.

De manera análoga, ha sido menester rotular cuáles son los mecanismos necesarios para esta intención (legislati-

vos y de cualquier otra índole). Por dichas razones la reparación, como lo hemos venido mencionando, desde las facetas que abarca la presente tesis doctoral, cumple un papel preponderante en estos objetivos, convirtiéndose en un derecho indiscutible del individuo- víctima, a efectos de aliviar en algo el resultado de su inobservancia.

No se trata del simple instrumento legal que está a utilizarse frente al caso en concreto, por cuanto, de por medio existe no solo un interés individual del afectado, sino una expectativa social de que esta institución contribuya a una imperturbabilidad jurídica.

Así, al individuo le importa la enmienda de su derecho vulnerado. A la sociedad le atañe estar tranquila a través de una seguridad cierta. Al Estado le interesa saber que a través de la satisfacción individual y de tranquilidad social, impera por sobre todo la norma de Derecho.

Vemos pues, que el ente estadual en su deber de asegurar los derechos y libertades ha de recurrir al sistema en general para su cometido. Y en esta vía la reparación como derecho subjetivo, juega un papel muy decidor.

Por último, no debemos olvidar que (por las indicaciones de las convenciones internacionales de derechos humanos), aspiraciones substanciales son el pleno respeto, la protección desplegada en torno al perímetro de élite de la persona.

En ese enfoque, es deber del Estado desplegar sus esfuerzos; por lo que los antecedentes de la reparación (su cimiento), no está en el acto ilícito del causante, sino en los alcances del mismo y que representa el daño. Aquí ra-

dica su intrínseca unión de dependencia hacia los derechos subjetivos y es lo que establece una diferencia de otras ramas del Derecho en la cual actúa esta institución.

El rango constitucional de la reparación integral se debe también a un principio de justicia

En la época del Derecho Romano, Ulpiano destacaba como uno de los grandes postulados del Derecho, aquel de no dañar a otro (*alterum non laedere*); este ha sido recogido de diversa forma, pero con semejante sentido por distintas constituciones.

Es inmanente a dicha máxima que, frente al daño sufrido injustamente, deberá operar como un efecto inevitable su reparación.

Así la Constitución dirá:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.....” (Art. 19 de la Constitución argentina).

En equivalente proceder, ante una inobservancia de la normativa que protege los derechos individuales, se sobreentiende que se ha de reparar aquellos. A tal punto se llega al respecto que, muchos sectores sostienen, se trata de un principio de gran magnitud jurídica, que trasciende el propio texto constitucional. Vale decir, ni siquiera sería necesaria su mención, pues igual se deduce incluido en el mismo. Dicho sea de paso, este punto de vista es para tenerse presente frente a los postulados que defienden a la

reparación como una institución que avanza desde el Derecho Privado hacia el ámbito constitucional.

A este tenor, corresponde recordar, atendiendo en prioridad a los derechos subjetivos, lo que hace esta es ocuparse también en forma preferencial y directa ante un detrimento.

Ahora bien, siendo esta en lo constitucional, un precepto de elemental justicia, se ha dicho que puede tener su origen a su vez, tanto en la justicia distributiva como en la justicia conmutativa o correctiva.

Analicemos en qué consisten ambos fundamentos.

Por una parte, el sostenimiento de la justicia distributiva dogmatiza que es deber del conglomerado soportar las derivaciones sufridas por uno de sus miembros, del daño injustamente ocasionado. Esto se reflejaría a través del pago de impuestos a los que están obligados los miembros de una colectividad.

De otra, está la situación ante el menoscabo sufrido, en lugar de imponerse su reparación a la sociedad entera, esta deba ser asumida por una persona (cualquiera fuere esta. Natural o jurídica. Incluso pudiendo serlo el propio Estado). Esta ha de ser quien asuma el compromiso de enmienda. En todo caso, lo que hará es restablecer la desigualdad causada en desmedro a la víctima, ya sea, haya actuado en forma culposa, o solo por el riesgo originado. Es el fundamento de la denominada justicia conmutativa o correctiva.

Resulta luego (sea cual fuere el principio de justicia que sirva de soporte), es el sector constitucional quien debe

ocuparse, a efectos que los daños sufridos por las víctimas en sus derechos, sean reparados de modo adecuado.

Ante una posible negativa de lo sostenido, es inimaginable la no existencia de un sistema conveniente cuando se diere la inobservancia de las reglas constitucionales dogmáticas. Aquello atentaría no solo contra los derechos fundamentales, sino contra la sociedad toda que, se vería amenazada e insegura.

Desde este punto de vista, es asimismo de interés del Estado que eso no ocurra, pues le es substancial para el mantenimiento del propio orden interno, tanto la solución en particular frente al ataque, así como la confianza generada con ello en el conglomerado social.

La reparación integral como derecho, emana de la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales con jerarquía constitucional

Ya sea a través del principio jurídico, o por medio de regulación expresa, la Constitución, dentro de su finalidad garantista, introduce una especie de seguridad jurídica frente a cualquier posible transgresión de los derechos subjetivos por ella resguardados.

Ahora, con mayor notoriedad, sus partes dogmáticas, propugnan con mucho énfasis este designio tendiente al pleno respeto frente a actos de arbitrariedad, aunque estos provinieren del propio Estado.

De otra parte, como ya hemos visto, las normas internacionales a través del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, también enfocan su actuar en esta

orientación. Encontrándose aquí una de las posibles explicaciones de por qué las constituciones (en forma mayoritaria), asignan a los tratados y convenciones internacionales que versan su contenido en reglamentar los derechos individuales, de jerarquía constitucional.

En ese contenido, la reparación cada vez está tomando más auge, pues de la misma se encarga tanto la Constitución como las normativas externas (aunque si bien de un modo asistemático y con ciertas imprecisiones técnicas), de reglamentar casos concretos o puntuales.

A manera de referencia, la Declaración de los Derechos Universales de Hombre de 1789, instaura las primeras nociones de los derechos elementales de la persona; a su vez se inserta (en algunos casos), su respectiva reparación ante el desacato del precepto que los regula y protege (aún en el caso de una acción lícita del propio Estado).

Este principio, será recogido de allí en adelante por infinidad de leyes máximas. (Art. 17 de la Constitución argentina, por ejemplo).

Asimismo, encontramos el Art. 15, de la ley suprema de dicho país, vigente a partir de la reforma de 1860 y que norma una indemnización a los propietarios de esclavos dejados en libertad.

Pero estas, acorde a sus necesidades sociales internas, pautan al respecto, tratando por supuesto, de cumplir con esta finalidad garantista.

En el Derecho Comparado, destacamos así algunos pasajes la Constitución chilena:

“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. (Art. 6).

“Los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o cardaren con los otros Ministros”. (Art. 36). “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.(Art. 38, Inc. 2º).

“...El funcionario declarado culpable (cuando el Senado conoce de las acusaciones de la Cámara de diputados) será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente; tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares”.

(Parte última del No. 1, del Art. 49).

Otras disposiciones de la misma Carta Magna se encargan de regular, ordenando una reparación como ocurre con el Art. 19, (No. 7, Letra I), que codifican en materia del error judicial. Mientras que el No. 4, Inc. 2º de la aludida disposición legal, lo hace sobre la transgresión a la honra por medios de comunicación social y supone también una indemnización ante tales sucesos.

En un terreno más bien de grados que atañen al individuo en general, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha destacado algunos aspectos que cada vez están tomando más notoriedad por su efectividad en cuanto a su aplicación se refiere, y que dicen relación con la reparación de los perjuicios causados a ciertos derechos subjetivos.

Los distinguimos a manera de ejemplo, algunos de sus preceptos:

Art. 10.- Derecho a indemnización. - Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.
Art. 21.-Derecho a la propiedad privada.

....

1. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Aunque quizás, lo más ponderable en este sentido sea lo instituido en el Art. 63, que merecerá un comentario en especial, como lo veremos a continuación:

Art. 63: Cuando decida que hubo violación en un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De lo citado, se colige algunos matices importantes que van a tener como objetivo primordial hacer efectiva una reparación de los derechos protegidos constitucionalmente (pues, como se mencionó, en el caso argentino, la Convención Americana de Derecho Humanos, tiene jerarquía constitucional).

Respecto de este punto, es de realizarse que se entrega facultades extraordinarias a la Corte Interamericana cuando realice un dictamen en un asunto de su jurisdicción y por medio del cual considere que hubo violación de un “derecho o libertad” tutelados. Entre estas resoluciones, puede ordenar la reparación de estos. Aunque -creemos- de una forma poco técnica implanta “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; toda vez que, a la luz de su jurisprudencia, ha quedado edificado que la indemnización es parte de la reparación. De tal forma que, mal se puede reparar (por una parte), e indemnizar por otra.

Al margen de aquel in-tecnicismo, lo destacable es

la facultad de la que se ve investida toda persona que haya sufrido un quebrantamiento de sus derechos o libertades, sin límite de ninguna índole; sin supeditación a un tipo fijo de derechos o libertades. De manera general pueden ser reparadas las repercusiones de la medida o situación que ha generado su vulneración.

Vale decir, todos los derechos y libertades garantizadas por la Constitución, o por los tratados o convenciones con jerarquía suprema, gozan de este privilegio. Con ello se tiende, en términos amplios, al restablecimiento del equilibrio que existía antes del hecho dañoso; y que como ya lo anotáramos, se convierte en una incumbencia del Estado,

no solo por la situación personal del individuo-víctima, sino por cuanto existe de por medio, todo un interés social.

Quizá algunas constituciones, con un claro ánimo de conformismo (pues más fácil resulta consignar categoría suprema a los tratados y convenciones que ya disciplinan fases como las apuntadas), se han despreocupado de legislar al respecto. No por eso merma la primacía con que en este sentido rubrican a los instrumentos internacionales pertinentes.

En consecuencia, ya sea viniendo de la propia Constitución, o de las convenciones o tratados con jerarquía constitucional (por así disponerlo la propia Ley suprema en el caso argentino), la reparación de daños, emana de la misma, en forma expresa; y / o, como principio.

Los reglamentos normativos que establecen a la reparación integral como un derecho autónomo

En el contexto histórico, la reparación en sus consideraciones jurídicas como un derecho subjetivo, tiene sustento a partir del Derecho Interno. Con más precisión, en el ámbito constitucional. Mientras que, en los últimos tiempos el Derecho Internacional, a través de su rama específica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tratados, han impulsado de una manera sistematizada su regulación.

De allí que, no puede ser sino ambas normativas, donde se encuentren ciertos indicios que identifican con plenitud a la reparación como un derecho autónomo, como se puede observar de los antecedentes que se pasan a señalar.

En lo constitucional, aunque todavía con un proceder descuidado, se ha disciplinado manifestaciones definidas, (de una manera ínfima), sobre situaciones que incluso en los inicios del constitucionalismo moderno ya había sido tema de la normativa internacional.

Nos referimos, por ejemplo, a la protección del derecho a la propiedad privada. Es la que en actitud expresa decide una reparación cuando aquel derecho ha sido inobservado (no obstante, se haya dado de un tenor lícito, como ocurre con la expropiación); en este caso, extendiéndose a su protección; ordenando, como queda anotado, una debida indemnización.

En el caso argentino, la Constitución a su vez, implanta una directriz importante acerca de la reparación como derecho subjetivo a través de su ya nombrado artículo 19:

“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, 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 lo prohíbe”.

Dicha disposición sirve como referente obligatorio, incluso cuando se trata de fundar resoluciones judiciales de diversa índole. Así lo ha demostrado la Corte Suprema de Justicia de dicha Nación en sus fallos.

De su parte, el artículo 75. Inc. 22, (Constitución argentina), al conceder rango constitucional a varios documentos internacionales que dicen relación con la protección de los fundamentales, permite visualizar con más claridad a

la reparación como derecho autónomo, si se toma en cuenta que en implícito comprende todo aquello que tanto los tratados como las convenciones internacionales aludidas, han señalado al respecto:

“...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.....”

Otras constituciones en el mundo, han dado prioridad al estipular que la reparación ha de actuar frente a la violación de sus prescripciones que protegen estos derechos, disponiendo que se deba reparar los mismos.

Aunque, como sucede en el caso nacional, lo hagan todavía de una forma asistemática.

A manera de ejemplo destacamos:

1. La Constitución de Venezuela, en su artículo 140 formaliza que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

2.- La Constitución de Chile al respecto instituye:
“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

(Artículo 38).

3.- En México, está regulado constitucionalmente de la siguiente forma:

“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

(Artículo 133).

4.- La Constitución española, a través de su artículo 106, Inc. 2º señala:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en

los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

5.- En Italia, sobre el tema, su máxima Ley dispone que:

Artículo 128:

“Los funcionarios y los agentes del Estado y otros entes públicos serán directamente responsables, según las leyes civiles, penales y administrativas, de los actos realizados con lesión de derechos. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y demás entes públicos”.

En el caso ecuatoriano, lo hemos reiterado, la Constitución de 2008, es una de las que con un texto expreso e imperativo señala a la reparación integral como un elemental derecho a ser efectivizado ante la inobservancia de los derechos fundamentales individuales:

“ ...

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

...

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de cons-

tatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

...”.

Art. 86, No. 3 Constitución ecuatoriana.

De su parte, en las convenciones y tratados internacionales, abarcando de una manera categórica (y derechos subjetivos en mayor diversidad), se hace más identificable a la reparación cumpliendo un papel de derecho autónomo, como lo veremos en las citas ejemplificativas, que a continuación citamos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José de Costa Rica), en ese sentido expone:

“Art. 10.- Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.” “Art. 21.-Derecho a la propiedad privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. ...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte dice:

“Art. 9...

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

“Art. 14.-...

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que:

“Art. 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización.”

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, estipula:

“Art. 6

Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del estado, contra todo acto de dis-

criminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación”.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes, en este sentido señala:

Art. 14.- 1.- Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluida los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2.- Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, con una forma propia de reparación, señala al respecto:

Art. 39.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de:

Cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura o otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fo-

mente la salud, el respeto por sí mismo y la dignidad del niño”.

Por último, El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la pornografía, decreta:

Art. 8.-

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:

g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas”.

Vemos pues, son los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, los que han tenido iniciativas elementales no solo encaminadas a institucionalizar la reparación como un derecho elemental, sino que cristalizando formas propias que lo difiere de cómo actúa esta entidad en otros campos del Derecho.

Se convierte así, la dimensión que alcanza tanto en la normativa de los ordenamientos internos, como en orden externo, en algo decisivo, generando con constancia las cardinales directrices, de las formas propias que toma la reparación en la esfera de los derechos supremos.

La reparación integral y su rol garantista de los derechos subjetivos

Se puede empezar remarcando acerca de un rol garantista de la reparación de los derechos subjetivos en un plano genérico, toda vez que en lo específico toma otras diversidades de un designio proteccionista:

*“En nuestro criterio, cabe sostener la existencia concreta de un derecho a la reparación, pero ello no impide necesariamente, la perspectiva de entenderlo también como una forma de garantía de los derechos -aunque en realidad, tal “garantía” no lo sería tanto, pues surgiría cuando el derecho ya se conculcó (v. gr. , un accidente de tránsito), y solo excepcionalmente cuando estaría próximo a ser afectado (v. gr. , una expropiación) -, ni la de conceptualarlo como una forma del derecho a la seguridad, a la manera que tal vez como opera el derecho a la salud respecto del derecho a la vida”.*²¹

Es en la exigencia a los estados en este campo, donde es más visible el principio garantista de la reparación, enfocado el análisis desde esta alternativa. Requerimiento que le impone el propio precepto constitucional y lo hace de otra parte la Comunidad Internacional a través de los documentos internacionales o en las diferentes reflexiones que sobre temas precisos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las*

21 PUCCINELLI, Oscar Raúl. op. cit. Pág. 977.

disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

(Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Normativas como las suscritas hacen que podamos hablar de un cometido garantista (insistimos, en términos amplios), de lo que se ha de ocupar el Estado a través de “disposiciones legislativas o de otro carácter”. En ese alcance, es factible mencionar como uno de esos deberes, la dación de estructuraciones de todo orden dispuestas a la viabilidad del derecho de reparación.

Entonces, la posibilidad de todo individuo dentro de un conglomerado a su seguridad jurídica, no solo es realizable por medio de normas declarativas, sino que cada vez más es de necesidad imperiosa la existencia de pautas debidamente regladas tanto en la parte sustantiva, como procesal.

Es dentro de este complejo sistema que tiene por finalidad la de otorgar garantías a aquellos derechos personales de élite, que la reparación actúa como parte de la misma, desempeñando funciones básicas, como ya indicamos al respecto.

La reparación integral y el principio de la seguridad jurídica

Hemos de atribuir a la reparación un doble propósito, dirigido a dos sectores interesados en estas: de una parte, hacia el individuo, para quien la reparación es un todo ju-

rídico frente al hecho dañoso; y de otra, el Estado (este último a su vez, por interés propio y por obligación impuesta por la propia Constitución, o si se quiere, las normativas internacionales), a quien ha de interesarle más allá de la citada finalidad, el respeto y la garantía de los elementales derechos, que sin discusión, es de atingencia social.

Con tales atributos, no representa ninguna novedad la caracterización dada por sectores de la doctrina, en cuanto a que la reparación está ínsita en el principio de la seguridad jurídica. Opinión, sin embargo, no la compartimos por las ponencias vertidas en esta obra.

A dicho tenor, convergen algunas precisiones tendientes a fundamentar el sostenimiento de ser derecho autónomo; por ende, ajeno al contenido de la seguridad jurídica. No obstante, guarden cierta similitud debido a sus objetivos, pues convergen en que son catalogados como derechos fundamentales.

Ya manifestamos, tratándose de un derecho subjetivo, puede ser ejercido por quien ha sufrido las implicancias de un acto dañino; así, es impensable en una imposición a la persona, tendiente a accionar ante un atentado contra las normativas constitucionales dogmáticas. Ni si quiera en que dicha potestad del accionante sea realizada sino por el mismo o sus legitimados.

Más allá del alcance que pueda tener la reparación en cuanto institución en el terreno constitucional; también puede cumplir un rol dirigido al conglomerado, destinado a buscar la credibilidad en el ordenamiento jurídico, aunque la prioridad para el individuo como un derecho, será la identificación de aquella.

De su parte, el principio de la seguridad jurídica, si bien es el derecho subjetivo que puede ser exigido en un instante dado, no puede ser empleado como una solución ante la específica situación de la víctima. Aquella, más pasa por ser una obligación del Estado para con la persona, en desempeño de deberes constitucionales, que facultad concreta a ser ejercida para sus fines propios, en las circunstancias ya enunciadas.

No es entonces la reparación frente al principio de la seguridad jurídica, una forma de manifestarse de esta última, ni su prolongación. O, si lo fue, aquel sirva de antecedente en su trayectoria, como cualquier otra institución a la que el Derecho le asigna ocupaciones acorde las relaciones jurídicas y sus necesidades en un estadio preciso.

CAPITULO XIII

NECESIDADES IMPERATIVAS PARA LA CONSOLIDACION DE LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

La inclusión de la reparación integral como un derecho autónomo en las constituciones

La doctrina realiza clasificaciones de los derechos constitucionales atendiendo diversas pautas; así, se ha optado por una diferenciación entre los llamados derechos explícitos y los denominados implícitos.

La institución de nuestro estudio, en algunas constituciones pasa casi desapercibida, en cuanto mención expresa como derecho. Complementa este punto de vista los señalamientos de ciertos iuspublicistas: “...*Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos*”²²

Diametralmente opuesto está la Constitución ecuatoriana (2008) -como lo señaláramos-, referente al tema, de manera expresa señala:

”Art. 86.- (*Sustituido por la Res. PLE-CNE-1-8-5-2024, R.O. 554-S, 9-V-2024*).- *Las garantías*

22 BIDART CAMPOS, Germán J.; Manual de la Constitución Reformada. (Buenos Aires, 2006). Tomo II, 5ª Reimpresión. Editorial EDIAR.. Pág. 110.

jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

...

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse... ..”

Sin perjuicio de lo expuesto y teniendo presente los sostenimientos instados a lo largo de este trabajo, podemos decir que ciertos derechos por su importancia para el bienestar jurídico-social y de la persona, tienen que ir institucionalizándose. Esa es una condición para que cumplan una función acorde a las necesidades de un período social.

El caso de la reparación integral, se trataría de una inclusión cimentada en cuanto a su mérito para ser considerada como un derecho subjetivo, en la cúspide del or-

denamiento jurídico; contemplando que otros han llegado a dicho lugar de una forma casi hasta exigida, o solo por satisfacer requerimientos socio-políticos o de otra índole puntual, del gobierno de turno, del grupo que detenta el poder.

De todas formas, el designio de esos derechos (por lo general explícitos), muchas veces ha significado engrosar la parte dogmática de la Constitución, por supuesto sin consumir objetivo alguno: derechos al bienestar, al desarrollo, etc.

Otra situación conocida, en el afán por instituir derechos autónomos y sin que hayan alcanzado su finalidad por la cual fueron creados, se presenta cuando los mismos dan lugar a terceros, tras una suerte de desprendimiento y toman autonomía por la importancia de las regulaciones que supuestamente van a realizar. Esto incluso -muchas veces-, ha acarreado confusiones de identidad entre sus similares. Mencionamos entre estos casos, el derecho a la imagen, que se encuentra ínsito en el derecho a la intimidad (para algunas legislaciones; mientras que para otras son derechos iguales garantizados en separado por la Ley).

Discrepando con aquellos sostenedores que

apuntan como una emanación del derecho a la seguridad jurídica; en el caso de la reparación integral, esta ha tenido un proceso propio.²³ Aunque no por eso ha de

23 “Como de alguna manera lo adelantamos, entre los iuspublicistas de mayor prestigio, BIDART CAMPOS y el grueso de la doctrina entiende que la reparación de los perjuicios significa una prolongación de la seguridad jurídica – aunque no mencionan si sería un derecho humano autónomo pero parecería que no lo consideran así- , probablemente porque dentro del plexo

desconocerse que más vertiginoso ha sido este trayecto en el ámbito del Derecho Internacional, que a través de algunas figuras definidas ha tomado cuerpo en un corto tiempo (históricamente, como lo hemos anotado, el caso de la indemnización, frente a la expropiación por fines justificados; o el caso de la indemnización por el error judicial).

Al margen de las consideraciones mencionadas, el proceso de construcción de antecedentes sólidos sobre los cuales se ha erigido en un derecho autónomo, ha sido único, ya que no solo está representado en su creación como tal, sino que encuentra delimitaciones precisas en cuanto a los sujetos pasivos de su inobservancia. Pudiendo estar entre estos hasta el propio Estado.

Siendo así (en el proceso de la reparación integral como un derecho institucionalizado), el Derecho Internacional ha desplegado una enorme labor, a través de su rama especial (Derecho Internacional de los Derechos Humanos); las convenciones internacionales, (como la Convención Interamericana de Derechos Humanos), que han instaurado las principales conductas en esa área, así como denotando compromisos puntuales a los Estados firmantes, a efectos de que instituyan a través de sus legislaciones, ya no patrones ni conceptos, sino entidades expresas y efectivas, inclinadas a cumplir en definitiva una actividad real

de derechos que tutelan los instrumentos internacionales y las constituciones, existe escasas disposiciones que aluden al derecho a obtener la reparación de los daños; porque este suele ser entendido como una lógica consecuencia de la violación de un derecho consagrado, y porque además se trataría, en definitiva, de un desprendimiento conceptual del derecho a la seguridad ”.

PUCCINELLI, Oscar Raúl. op. cit. Pág. 976.

y todo lo que ello implica para su operatividad como un derecho formado.

No dudamos que todas las referencias están dadas para que sea el instrumento jurídico esperado, orientado por tanto a cumplir un objetivo concreto ante la infracción de los derechos elementales del individuo.

Se trata de un forjamiento con trayectoria, por lo que no requiere de una alegórica o vaga mención conceptual en el contexto dogmático de la Ley Suprema. Sino que, y para cumplir con los requerimientos de los nuevos tiempos, ha de darse una normativa sistematizada para su efectividad. Todo ello, sin olvidar que se trata de un ente jurídico que cumple -como se ha dicho-, un doble objetivo dentro del ordenamiento.

La necesidad de normativas constitucionales que viabilicen la reparación integral como un derecho subjetivo

Una de las críticas que se hace a muchos derechos es que habiendo sido “explicitados”, han faltado a una aplicación pragmática; por ende, quedando tan solo en el papel, en señal de buenas intenciones. Esto, en parte puede deberse a que no han sido desplegados, sobre todo en lo legislativo.

En el caso de la reparación integral, es una necesidad ineludible la dación de reglas sustantivas y adjetivas, que se vuelquen a la consecución de este designio; no para su supervivencia, sino como una necesidad individual y social, toda vez que el interés -en este sentido- es general. De una parte, para la realización del adecuado resarcimiento;

y de otra, porque la sociedad ha de sentirse más segura ante la consecución de dichas eventualidades particulares.

Sostenemos, asimismo, que la aludida normativa debe darse dentro del círculo constitucional, atendido la naturaleza de los derechos supremos y porque se encuentran tutelados por la máxima Ley.

No está por demás reiterar que el Estado -aquí-, tiene exigencias puntuales que cumplir, al tenor de los lineamientos jurídicos decretados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“ Art.2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades”.

Como se puede observar, lo puntualizado no constituye ninguna cosa que no se haya evidenciado en otras oportunidades. No obstante, son los actuales tiempos los que demandan de dicha realización de un modo apremiante.

No estamos aludiendo a la repetición estéril que han sido solidificados incluso a través de sus propias constituciones, que se limitan a mencionar los criterios dados a través de las declaraciones o tratados sobre derechos humanos. Cuando se hace referencia a estas necesidades, se quiere decir que debe existir un sistema eficiente y propio,

que cumpla miras delimitadas; inclusive, con modalidades de justicia adecuados para una eficiente labor esta materia.

La aplicación práctica de la reparación integral como derecho constitucional

Más allá de los desencuentros que pueden existir en cuanto considerar a la reparación y sus orígenes (acerca de si esta es autónoma), a *contrario sensu*, no puede haber diversidad de criterios relativo a la operatividad de sus expresiones que se ha conocido hasta la actualidad; (se alude así en sus primeras consideraciones como derecho fundamental), a la indemnización por error judicial; a la que se deriva de la expropiación, etc.

Es decir -en términos de Sagüés- la relación entre la normativa constitucional y la realidad constitucional referente a la reparación integral, estaría plenamente complementada, lo que la califica a esta última como efectiva y que justifica su existencia como un elemental derecho. Sin olvidarnos que el examen realizado es, teniendo como base la realidad actual, donde se discute acerca de su categoría constitucional.

Con tales antecedentes, no es de necesidad ser optimista para plantear una dimensión fáctica de grandes repercusiones jurídicas ante un derecho institucionalizado como tal. Tan solo cumpliría con las fundadas expectativas que a su vez tienen como antecedente la operatividad mencionada.

Cimentado en lo expuesto, es de expresar que su progresión en cuanto derecho constitucional reglamentado, no está sujeto a ningún tipo de condicionante, ni de ca-

rácter económico, político, sociológico o similar; pues, se trata de un derecho que por sí mismo, precisa de los debidos canales jurídicos para cumplir las determinaciones que en este sentido le está asignando un momento dado de la evolución social.

El procedimiento constitucional que tutela los derechos fundamentales

La consideración principal que prevalece acerca del procedimiento denominado recurso (o juicio, acción, o proceso) de amparo, es que se trata de un mecanismo procesal que sella la Constitución Política a efectos de cumplir un rol definido de protección de los derechos establecidos en la misma, en los tratados internacionales o en las leyes, cuando hayan sido o vayan a ser lesionados, restringidos, alterados o amenazados. Al tenor de la máxima Ley, el papel asignado es muy específico y se trata de un procedimiento subsidiario.

Sin embargo, en una realidad inocultable se ha convertido el fenómeno expansionista que han tenido los derechos fundamentales; pues siendo inherentes al hombre, el solo desenvolvimiento socio- económico traerá aparejado nuevas situaciones amenazantes a esa esfera, frente a lo cual el sector procesal debe actuar con todos sus recursos. A tal punto ha llegado su crecimiento que, como ya lo dijera algún autor, no se puede elaborar un listado tácito de los mismos, pues se correría el riesgo que muchos quedarán fuera de un catálogo.

Aquel es el panorama del que ha de ocuparse también el órgano jurisdiccional, frente a la amenaza o inobservancia

de aquellos y para lo cual debe contar con una herramienta procesal acorde a la magnitud de los requerimientos.

Cabe entonces preguntarnos si la acción de amparo (recurso, acción o juicio de amparo, para algunos tratadistas), cumple en los actuales tiempos con esos requisitos para la prenombrada finalidad.

a. Planteamiento del problema.

Se ha realizado una serie de observaciones, en principal, al comportamiento de los estados, ante la falta de voluntad política tendiente a cumplir con sus conglomerados, respecto de sus compromisos aceptados a través de los tratados y convenciones internacionales sobre protección de los derechos subjetivos que, en la mayoría de los casos, no han actuado más que trasladando a sus sistemas los mismos conceptos genéricos establecidos, a manera de pautas en dichos documentos. En definitiva, poco o nada se ha hecho al respecto, a nivel de los ordenamientos internos.

Casi estéril ha resultado entonces toda esa estructuración de preceptos sobre estos temas de trascendencia, al no darse su parte complementaria, es decir, llevarlos a cabo plasmándolos en los respectivos regímenes. De allí que, conceptos elementalísimos no se hayan convertido más que en letra muerta o figuras de mero simbolismo.

Tal como se ha advertido, en la construcción de una institución de tamaño naturaleza, que tienda a cumplir con eficiencia funciones confiadas, tampoco son suficientes las conceptualizaciones sustantivas si no se integran con los instrumentos de procedimiento pertinentes.

Ahora, si la intención es tomar de modelo los trazados procesales como han sido realizados en el espacio del Derecho Internacional, concebimos que para un adecuado funcionamiento de la tutela en este contexto, debe contar con el concurso elemental no solo de tales normas, sino que éstas deben estar orientadas a este tipo de requerimientos, dejando de lado la intención de pretender “acomodar” complejidades ya existentes (como el recurso de amparo), que por no haber sido diseñado para actuar ante estas nuevas realidades, carecen de una aptitud primordial; o en su defecto, dotándolo de las facultades suficientes para su plena efectividad.

Tampoco se puede considerar que la solución pase por un empleo impropio de procedimientos del Derecho Privado, aunque nos confundan con una aparente eficiencia. No obstante, las contradicciones dentro del recinto técnico jurídico sea más que evidente: pues no es factible que institutos que han sido dados a luz por el Derecho Público han de ser tratados por normativas que no sean del mismo sector.

En definitiva, junto con la cristalización de estas necesidades procesales, debe darse una tutela íntegra de los derechos con rango constitucional. Es un requisito sine qua non, que no se ve, ni en los recursos que en suposición pueden servir para la aludida tarea (como muchos han apuntado al recurso de amparo). Esta es la mejor evidencia a efectos de demostrar, porqué ninguna de las aparentes soluciones existentes, posee los elementos de esencia para esta combinación.

Teniendo como paradigma tal situación, es para tomarse en cuenta, en aras de configurar el procedimiento apto,

que a más de justificar estar acorde a épocas modernas, debe estar investido de simpleza, agilidad y eficacia.

b. El recurso o acción de amparo: Aspectos generales.

Existe una data de mucho tiempo que las sociedades se han preocupado de los derechos naturales y sus garantías. Pero como no bastaba con su sola mención, sino que, ante su transgresión, debían apoyarse en prácticas concretas que regularan una efectiva protección, no resulta extraño a la sazón, que esa inquietud se haya extendido desde antiguos tiempos al recinto de la norma adjetiva.

Así, de lo que se tiene conocimiento, incluso en el Derecho Romano ya se hablaba del *homine libero exhibendo e intercessio tribunicial*.

Durante la Edad Media, el Reino de Aragón había perfeccionado un procedimiento relacionado a los derechos individuales. Siendo el llamado “justicia mayor” el encargado de resolver ante las situaciones anticipadas. Se dice que ya allí era muy frecuente el término “amparar”. A su vez, aquello sería la antesala de las reglamentaciones jurídicas trasladadas hacia América en la época de la conquista española.

Como otra referencia a reconocerse en el Siglo XVII, Inglaterra instituye el denominado habeas corpus, regulado en forma expresa a través del Habeas Corpus *Amendment Act*, de fecha 26 de mayo de 1679. Tratándose esta vez, de un ejercicio más avanzado reflejado en los procedimientos que se referían a los derechos fundamentales en juego, en el contorno jurisdiccional.

Posteriormente, los Estados Unidos de América serían los beneficiarios de dichas disposiciones, a través del ordenamiento intitulado *common law*.

Acápite aparte merece en América de habla hispana, la propagación de este recurso en México; pues a decir de sus doctrinarios, el amparo es una entidad que se desenvolvió en dicho medio, destacándose la Constitución yucateca del año 1841, regido por los artículos 8, 9 y 62. De allí aparecería en la Constitución Federal del indicado país, en el año de 1857, (Arts. 100 y 101). A partir de estas manifestaciones se daría el inicio del recurso de amparo no solo en Latinoamérica, sino en la propia España y otros europeos.

Guardando el nombre originario u otro relativo, las constituciones sudamericanas han regulado al respecto. A manera de ejemplo se resalta: Argentina (art. 43); Bolivia (Art. 19); Chile (Recurso de protección y el de amparo en cuanto tal. Art. 21); Colombia (Tutela jurídica. Art. 86); Costa Rica (Art. 48); Perú (Art. 200); Uruguay (Art. 7).

Pero, más allá de los antecedentes históricos que han narrado el impulso tenido por este régimen, lo cierto es que su alcance, prácticamente se mantiene sin mayores variaciones desde sus inicios. Coincidiendo en que se trata de procedimientos rápidos, sencillos; utilizables ante el quebrantamiento de los derechos que gozan de rango jerárquico, ya sea que provinieren del Estado o de particulares. Dando preeminencia a medidas precautorias; y, por supuesto en materia de resoluciones, en cuanto estas ordenan restituir al afectado, del goce y ejercicio de los derechos objeto de la infracción.

Es decir, sin duda existe una intención de resguardo, más que del propio constituyente, ínsito en el amparo mismo. No por eso se ha de dejar de anotar que se trata de una institución que viene actuando con un mismo traje, desde los antiguos tiempos en que fue instaurada.

En este sentido, pero en el medio del Derecho Internacional, se denota que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de Diciembre del año 1948, en un perfil más preciso, se llegó a establecer que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”.

(Artículo 8 de la señalada Declaración).

No obstante, de emplearse un mismo concepto (que es insistido de diferente forma por los ordenamientos jurídicos que la han instaurado), es el contorno del Derecho Internacional, el que ha comenzado a expandir en forma vertiginosa y a ocuparse de este tema, a tal punto que en la actualidad -consideramos- ha erigido los principales lineamientos a tomarse en cuenta, a través de los tratados internacionales, dando lugar a estructuras preponderantes, tendientes a una mejor protección de los derechos elementales, en todo aspecto. De manera que, es de enfatizarse la expectativa creada por esta rama del Derecho y sus buenos auspicios, para contar -ojalá- en un tiempo no muy lejano con mecanismos adecuados en el ámbito interno.

b.1. El recurso o acción de amparo y la reparación integral

Lo observamos, el recurso o acción de amparo desde su génesis viene cumpliendo intenciones específicas, las que en su mayoría no han variado hasta los actuales tiempos (más allá de extenderse, como es normal, pero siempre dentro de su perímetro original y con sus alcances prefijados).

En ese alrededor, tanto la doctrina como el Derecho Positivo identifican al juicio de amparo como el mecanismo alternativo; el que desprovisto de formalidades, posee la privativa de ser breve, concentrado, ofrecido ante la lesión de los derechos y garantías protegidos por la Ley Fundamental.

Desde el punto de vista del diseño, el constituyente contemporáneo ha sido categórico en el alcance garantista (pero diríamos, con un concepto demasiado conservador y estático para nuestros tiempos) de las facultades que le ha sido encomendado a este instituto. Se trata de un fin con típicos rasgos atribuidos al diseño con el que en su origen apareció este instituto.

Aquel es su semblante medular, en cuanto a lo que persigue, más allá de los planteamientos partidarios que debaten acerca de su naturaleza; esto es, si se trata de un recurso, una acción, una petición, un derecho, una garantía, etc.

En otro pasaje, si existiera la posibilidad de una generosa intención del operador de justicia, de expandir sus alcances; esto no sería factible debido a los límites existentes. De manera que, no se puede sobrepasar ciertas

barreras, como se verá al abordar esta forma de procedimiento en la Ley.

Siguiendo los lineamientos constitucionales (de una u otra manera), lo máximo a lo que se puede aspirar de una resolución judicial a través de la acción de amparo es a que el sentenciador declare la inconstitucionalidad de la disposición que haya servido de base para el acto u omisión que haya causado la lesión del derecho elemental. Es ese su límite y del cual no ha de extenderse bajo ninguna circunstancia a otras exterioridades. Podemos precisar así, que todo lo relacionado a otros aspectos que no sean los instaurados ex profeso por la Constitución, quedan fuera de la eficacia del amparo.

Es de entender que su magnitud típica (considerando que fue instituido para regular situaciones jurídicas pertenecientes a realidades sociales diversas y menos exigentes), la sigue teniendo hasta los actuales tiempos.

Ante lo expuesto, corresponde una interrogante: ¿la acción de amparo, cumple con los requerimientos actuales, de garantista y proteccionista de los derechos elementales en el contexto de lo procesal?.

De una parte, es para acentuar que el debate está centrado lamentablemente en otros aspectos, relativos a la naturaleza de esta institución, lo que si bien tiene cierta importancia, no obstante, lo medular de todo radica en instaurar una tutela efectiva de los derechos constitucionales, resguardados por los tratados y convenciones internacionales y la Ley máxima, con capacidad que vaya más allá de lo que ofrece la acción de amparo.

En segundo lugar, y recordando lo que se ha pregonado en los últimos tiempos -acerca del principio de la reparación integral por ejemplo- tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, existiría, por decir lo menos, una contradicción a nivel de aquellos sustentos, toda vez que si por una parte se expresa que la reparación, debe ser “íntegra”; y, si se observa lo que pasa con esta en el plano internacional, sobre todo reflejada a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, vamos a ver que hay una distancia kilométrica entre aquella y los alcances del amparo en el Derecho Interno.

Hecho este planteamiento, es de sintetizar que no solo existe una diferencia entre la regulación procesal positiva del terreno de la normativa internacional, con el recurso de amparo regulado por ejemplo en la máxima Ley, reservado para la defensa y garantía de los derechos excepcionales; sino que es de deducirse también: mientras los derechos fundamentales se han expandido de una manera vertiginosa, el mecanismo jurídico interno llamado a tutelarlos, se ha mantenido estático en sus cometidos.

b. 2. El Art. 43 de la Constitución argentina.

El artículo 43 de la Constitución argentina dispone la factibilidad del mecanismo especial denominado amparo, para las situaciones preestablecidas, así como determina quienes pueden ser los accionantes, a más de la víctima. Deja en claro asimismo que se trata de un procedimiento a emplearse no para todos los casos, sino ante la ausencia de normativas expresas; es decir, se trata de una figura subsidiaria.

Tal cual lo determina la citada disposición, para su aplicación práctica, no es necesario la existencia de un sistema instaurado por la Ley, sino que se trate del “más idóneo”. Así, ante una utilización en particular, si lo “más idóneo” resulta ser una vía del ámbito del Derecho Privado, ¿por qué no emplearse, en vez del amparo?

No obstante, a lo que nos interesa referir, por la afinidad que le han dado mayoritariamente sectores de la doctrina, es al contenido del primer párrafo de la puntualizada disposición.

Siendo así, no está de más recordar cuál es su dimensión jurídica y sus alcances:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva ”.

(Artículo 43, párrafo primero, de la Constitución Nacional de Argentina).

Se desprende del contenido de la citada disposición que, ante una necesidad evidente derivada de haberse atentado contra los derechos elementales, cabe una acción “expedita y rápida”. Propiedad innata del amparo, que no debe estar enmarañada de ninguna tortura burocrática, ni de formalidades innecesarias en su aplicación.

Sin embargo, después de las inherencias manifiestas, lo esencial del asunto es establecer que el propio constituyente (siguiendo los criterios que priman en este sentido) fue muy conservador, al insistir, en lo que ya se venía haciendo en materia de amparo; esto es que (en términos amplios), el objetivo de este recurso no sobrepase de ser el protector de los derechos constitucionales, acorde a los tiempos antaños, y como lo hacen la mayoría de las legislaciones que regulan este medio constitucional.

Vía esta tramitación, todo lo que tenga relación con alguna posibilidad de reclamo de parte de la víctima de la ilegalidad (como una reparación), el amparo no lo permite porque así está instituido. Y si es el llamado a ser (por su papel asignado de subsidiario) la respuesta ante la falta de conductos precisos -sostenemos-, se trata de un procedimiento que no está acorde a las necesidades actuales para los casos en los que se vean involucrados los derechos con rango constitucional.

Tampoco la salida está dada a través de normas del Derecho Procesal Civil, por cuanto no cumplen los requerimientos de la regulación de los derechos constitucionales y las exigencias de la máxima Ley; esto es, se precisa de conductos que deben contar con las naturalidades de ser “expeditos, rápidos, eficaces” y de ser posible, sustanciados ante tribunales propios.

Se trata de una solución (a través de una resolución judicial), pensada no solo en la víctima, sino orientada también a la confianza del conglomerado social en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el gran vuelco hacia una eficiente reglamentación, debería estar -acorde a las exigencias contemporáneas- dirigida a pensar desde del ángulo de la víctima, a efectos de que el amparo sea el elemento procesal a emplearse, cuando sus derechos constitucionales han sido vulnerados.

c. El Estado y sus obligaciones al respecto.

Para analizar las obligaciones del Estado, en especial, a través de lo legislativo y de creación de cuerpos jurisdiccionales, es deber remitirnos (en el caso que nos incumbe), en primer término, a las fijaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En lo relacionado, conviene centrarse en un análisis que comprenda dos ángulos:

Así, por una parte, puede observarse que el constituyente ha recogido los postulados elementales acerca de la acción de amparo, guardando todos los componentes de su naturaleza, así como sus objetivos.

De todas maneras, quizás ha faltado el impulso de estas premisas; o lo que es lo mismo, la materialización en normas definidas sobre la forma como debe operar este recurso procesal a fin de cumplir su función que le ha sido atribuida.

Por otro lado, y como ya se dijo, es importante analizar la responsabilidad estadual acorde el puntualizado documento del Derecho Internacional (y lo estatuido en la misma Constitución), con el propósito de llegar a algunas conclusiones que nos parecen interesantes en cuanto al tema de nuestro estudio.

Evoquemos que la Constitución Nacional (en el caso argentino), concede tanto a los tratados como a las convenciones internacionales -es el caso puntual de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, jerarquía constitucional. Lo que implica a la luz de la fuerza jurídica de prevalencia, su obediencia sin excepción alguna.

En atención a lo vertido, es de recurrir, aunque sea a modo referencial, a los parámetros establecidos en materia internacional, en cuanto se refiere a los alcances de protección y garantía que tienen las instituciones respectivas, encargadas de los derechos fundamentales, su vigencia y respeto. Vemos así, en este plano se ha desenvuelto institucionalmente los respectivos procedimientos que algún sector de la doctrina ha optado por identificar como la “acción de amparo internacional” y donde, a figuras como la reparación se le ha dado funciones específicas, que en el plano del Derecho Interno están ausentes.

Esto sin duda ha tenido como resultado un cierto

éxito, porque se ha complementado con la creación de tribunales especializados para ello, como lo es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Allí se puede observar la mejor referencia (más allá de las normativas que a nuestro juicio requieren ajustarse acorde a los nuevos requerimientos), de una parte, a considerarse por los ordenamientos; por otra, que están obligados jurídicamente a través de normativas expresas que así lo avalan.

Ocupándonos de las facetas que ofrecen las disposiciones constitucionales y los documentos internacionales,

como la aludida Convención, es de resaltar que esta última, implanta a título de una obligación de la Administración Pública en su papel de respetar y garantizar los derechos individuales y su libre y pleno ejercicio. Esto implica, a decir de sus obligaciones, la incumbencia de parte del ente estatal, de crear todas las estructuras de la índole que fueren, para la consecución de estas aspiraciones.

Como corolario, distinguimos que existe no una facultad estatal hacia la protección de los derechos fundamentales, sino una coacción (incumplida por cierto). Al tenor de los expuestos trazos constitucionales, esa “protección y garantía” de aquellos, no puede darse si existe la ausencia de todo el aparato jurídico necesario, no solo para poner en práctica la potestad de la persona a una vía procesal constitucional adecuada, sino para obtener a través de la misma, resultados adecuados ante la desobediencia de tales mandatos, del mismo modo ocurre en el ámbito internacional.

d. El Art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 25. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, eleva a la categoría de derecho fundamental el procedimiento que dice relación con los derechos elementales, como se contempla:

“Protección judicial.

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.....”.

Puédese empezar destacando el rango de derecho elemental que le asigna esta disposición a esta vía procesal para los fines ya mencionados.

Así, corresponde realizar algunas puntualizaciones en este aspecto, como por ejemplo (discrepando con ciertos sectores de la doctrina, que han sostenido que se trataría de un recurso de amparo internacional), dicha cláusula jamás evoca que se trate de “un recurso de amparo” propiamente tal. En el caso, estamos ante un medio adjetivo mucho más amplio, con ambiciones más extensas, que van más allá de los límites del común amparo del Derecho Interno. Incluso, ante una posible comparación con la institución de la que habla esta ordenación, bien se podría significar que se trata de dos instituciones diferentes.

Tal es así que la misma se encarga de esclarecer en lo tocante, cuando señala que:

“...2. Los Estados Partes se comprometen:

b) *a desarrollar las posibilidades de un recurso judicial....”.* De manera que si este sistema cumpliera funciones proteccionistas de los derechos constitucionales, este precepto no requeriría del Estado ningún tipo de compromiso con esta finalidad.

Pero, preguntándonos a qué tipo de procedimiento se puede referir esta reglamentación con aquello de tener derecho a un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo”; la respuesta creemos encontrarla prin-

principalmente en los mecanismos introducidos, para ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, donde se realiza una prevalencia absoluta de los derechos de sumo rango, cuando estos han sido objeto de contravención, entre otras particularidades.

De quererse decir que en plano interno este ha de cumplir con objetivos similares como ocurre a nivel del Derecho Internacional, debería ser dejado de lado, en primer lugar, aquel concepto tradicionalista al que está atado esta institución (por las limitaciones que le ha impuesto la propia Constitución). Vale decir, a efectos de que el amparo cumpla con finalidades amplias, débese entregar atribuciones de las que hoy carece.

Gran labor queda por realizar en este sentido, en el plano interno y que se sintetiza en estos campos:

a.- Un posible acondicionamiento a los actuales tiempos, de la institución del amparo. Esto involucra redefinir a esta y que se instaure de una forma unánime, que, si bien es un medio procesal, por sobre todo es un derecho fundamental que tiene designios propios. (Como así lo define la disposición en comento).

Siendo así, correspondería también una reestructuración (en cuanto recurso), a efectos de ampliar los alcances del mismo. Depurándolo de las restricciones que lo ha establecido el propio constituyente.

b.- A manera de alternativa (ni siquiera optativa, por los contenidos de la ya referida disposición legal), está el desarrollo de un sistema flamante, siguiendo los lineamientos que en esta materia ha dado la misma Convención In-

teramericana y que se plasme en este sentido con todos los presupuestos que ordenan la consecución de un derecho elemental de la persona, ante su quebrantamiento; pues, es parte de la naturaleza de estos últimos, contar con un mecanismo apropiado cuando están en peligro.

En otro matiz, no hay que olvidar la exigencia ínsita, como parte de este derecho, está apuntada hacia los operadores de justicia, quienes a través de la actividad jurisdiccional no dejarán de lado estos mandatos supremos a cumplirse con eficiencia.

e. El Art. 63.1 de dicha Convención.

“Cuando decida que hubo violación en un derecho o libertad protegidos por esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Del contenido de esta regla se desprende el rol fundamental del mecanismo de procedimiento que, dicho sea de paso, mucho se ha perseverado en sostener, se trata de un amparo en el ámbito internacional. Esto es, que el objetivo proteccionista y garantista en dicho medio se realiza no solo con vías rápidas, simples y fáciles, sino también con aspiraciones apuntan - con una mayor profundidad- a una preocupación del individuo y sus derechos, de lo cual está lejos el recurso de amparo a nivel de los sistemas internos en general. En forma complementaria, bien cabe destacar(considerando también lo ya dicho, en cuanto

al papel del operador de justicia, cuya actividad es esencial en estos procesos especiales de finalidades proteccionistas y garantistas), las potestades que se le otorga al sentenciador es de un espacioso campo jurídico, por cuanto es el operador de justicia quien está licenciado para (tomando en cuenta los precedentes del caso en particular) llegar a la conclusión de si hubo violación de los derechos elementales y que han dado lugar a su investigación; encontrándose facultado para actuar de una forma diferente de lo que ocurriría en el Derecho Interno con el amparo. En específico, con autoridad mucho más amplia, siempre teniendo como norte un concepto vasto de protección y garantía de los aludidos derechos.

En propiedad, nos referimos a las facultades de “garantía al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”; así como a la “facultad de resolver que se repare los desenlaces de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Lo exteriorizado, es el básico rol de un recurso rápido, sencillo, fácil, pero por sobre todo eficiente, al que ha hecho alusión la Convención, que se ocupa de una protección y garantía en términos amplios, y que mira desde el punto de vista de la víctima. Es una forma de responder verdaderamente de parte del Derecho Internacional, no solo a través de principios -muchas veces estériles-, sino de una forma práctica y con, con resultados positivos.

Como se puede observar, (aunque hubiere sido deseable que la redacción del artículo en comento, fuere más certera, pero no por eso vamos a desentendernos de su espíritu), la forma de ocuparse de la víctima, de este sector

del Derecho, es a través de instituciones como la reparación.

Es evidente asimismo que, el propósito jurídico no se centra tan solo ante los hechos consumados, sino que abarca aspectos que sobrepasan aquella situación fáctica, como lo vemos del contenido de su inciso segundo:

“2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la comisión”.

La actuación jurisdiccional -en este sentido- llegará a realidades, tendientes a evitar dentro de lo posible la derivación del daño a los derechos subjetivos.

Se trata de una facultad que plenamente utilizada está orientada, no solo a una reparación ante un instante consumado de inobservancia; sino, a evitar que el daño sea cristalizado, dentro de lo posible.

Es una forma más de demostrar que un recurso cuando ha sido considerado como un derecho, puede diferirse (a través de situaciones institucionales concretas), de una simple práctica jurídica.

La necesidad de un procedimiento único para la plena vigencia de la reparación integral como un derecho elemental

Nos hemos ocupado de las características principales que ubican a la acción de amparo como el derecho al que

se recurre en busca del pronto remedio y eficaz, ante los casos de abusos flagrantes o inminentes de los derechos resguardados en lo constitucional. (Ante tal circunstancia, el órgano jurisdiccional actúa -de ser procedente-, reconociendo el derecho o libertad vulnerado, así como adoptando las suficientes medidas para restablecer o preservar su libre ejercicio).

De esta forma, es de notar cómo esta institución se ha mantenido desde antaños tiempos de un modo estático, con sus fines anticipados, sin considerar el apareamiento de otras situaciones a regularse, diversas y complejas que exigen normas adjetivas más amplias.

No se desconoce su valor preceptivo, ni la trayectoria de mucha utilidad que ha tenido. Pero, ante los nuevos requerimientos, en circunstancias en que los derechos naturales son cada vez más y están asediados no solo por las derivaciones de la evolución social, sino por el desarrollo tecnológico-científico, la actividad jurídica como la manifiesta, requiere de alcances mucho más amplios a la luz de lo observado, frente a esta misma labor, pero en el espacio del Derecho Internacional.

Entonces, apremia la vigencia de nuevas codificaciones a los que el legislador está precisado a realizarlos; donde, ya sea el mismo amparo o una nueva institución, responda a estas aspiraciones constitucionales.

En el sendero de estos rumbos procesales, debe tener cabida la reparación, como una forma que tiende a garantizar (en términos amplios), los aludidos derechos; lejos de las discusiones doctrinarias -que entre otras- se han enmarcado en la naturaleza de este recurso, sin prever que la

necesidad del mismo va más allá y apunta brindarle todas las atribuciones de un derecho de excepción.

Por ello, es muy loable, como algunos avances (aunque sin coincidir con nuestros planteamientos y sin dimensionar problema alguno como el que citamos), concluyen que solo por razones históricas existe la exigencia de la ampliación de los institutos jurídicos de protección. De todas formas (a efectos de contar con un recurso eficiente, con dispositivos aptos para estos tiempos), están dadas las directrices a nivel del Derecho Internacional, como son los procedimientos para ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que por lo demás no es facultativo, sino una incumbencia de los Estados respectivos, de poner en práctica estos y otros requerimientos a los que se han comprometido de antemano.

La necesidad de tribunales especializados para conocer y resolver sobre hechos que digan relación en materia de reparación integral, en el contorno constitucional

Si la Carta Fundamental se ocupa directamente del resguardo y garantía de los elementales derechos, y como parte de este propósito está el órgano jurisdiccional, es de entender que no es ajena la necesidad de jueces especializados y competentes en determinado (principio de especialidad y competencia determinada), dedicados en exclusivo a esta finalidad. Una tutela sistematizada de aquellos, necesita de una justicia constitucional. Entonces, lo atinente al segmento judicial es un factor a tomarse en cuenta dentro de esta categoría que encierra el procedimiento en los que el centro neurálgico del mismo, son aquellos derechos protegidos.

Pero, ¿se justifica la existencia de un órgano jurisdiccional especializado y competente en determinado que conozca y resuelva de estas situaciones jurídicas?

Sostenemos que se trata de una necesidad sustentada en una doble propensión, frente a la pretensión jurídica de que se solucione un hecho puntual.

Así, existe un interés subjetivo y personal de parte de la víctima porque sus derechos vulnerados sean reparados en forma certera y rápida. Al igual como ocurre en el sistema ordinario judicial, quien más que la justicia constitucional a fin de interpretar esta pléyade de objetos de regulación especial. A su vez, para seguir confiando en las garantías que le ofrece el sistema.

En otro marco, y con un motivo diferente, está el Estado, a quien le interesa instaurar confianza en los poderes públicos, demostrando su eficacia, a través de un método rápido y eficiente.

La pretensión a los estados, que puntualiza por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de recursos o acciones rápidos, sencillas, eficaces, sería en vano si el objetivo anhelado de parte de la víctima no tuviera eco en los órganos de justicia, quienes deberán dar cumplimiento con tales prescripciones primordiales. O sea, lograr a través de estos, una reparación adecuada (de ser posible), y para ello la necesidad de un tribunal que vuelque todos sus esfuerzos a dichos objetivos.

Pensamos que el conocimiento de estos asuntos

justifica la creación de jueces constitucionales avocados a su resolución (especializados y con competencia de-

terminada), es decir, con atribuciones apropiadas. Y que, ausente esta adición natural, resultaría una alegoría la protección de esos derechos supremos; sin su tutela indispensable.

La necesidad de tribunales especializados sería decisiva en el establecimiento del imperio del Derecho y la protección de la víctima del hecho dañoso.

CAPITULO XIV

PROYECCIONES DE LA REPARACION INTEGRAL COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

El afianzamiento de la reparación integral en las esferas de los derechos fundamentales explícitos

Las significaciones imperantes hacen prever que identifican a la reparación: a.- En el espacio del Derecho Interno, como un derecho todavía no muy consolidado; y, b.- A nivel del Derecho Internacional, se trata de una institución todavía en desarrollo, asistemática.

En una pretensión de argumentar, a modo de antecedentes contributivos para un afianzamiento de la reparación en cuanto derecho constitucional, sostenemos, deben ser considerados los siguientes:

1.- En primer lugar, está un motivo lógico, resultante del propio crecimiento que en estos últimos tiempos ha alcanzado no solo en este sector del Derecho.

En este sentido, vale recordar los miramientos sobre el tema a partir del Derecho Privado, con el convencimiento, en otros tiempos, del enfoque realizado desde la perspectiva del autor del hecho dañoso, siendo en efecto, la reparación una sanción para aquel. Hoy, ese prisma está cambiando, a tal punto que la preocupación está emplazada hacia la víctima: de allí que se hable de la reparación como un derecho y la norma jurídica se haya volcado asumiendo un rol garantista en un momento dado.

Sin duda estos cambios conceptuales han de tener más eco, cuando se trata de los derechos subjetivos protegidos por la Constitución, prevaleciendo de esta forma, principios como el de la responsabilidad objetiva y directa del Estado. Todo ello conducente a la aludida labor.

2.- Por su parte, una vertiente categórica en este camino hacia un afianzamiento de la reparación como un derecho fundamental explícito, está siendo la influencia de la normativa internacional, donde son sólidos los asomos de una sistematización.

En ese orden, es de tener en cuenta que esta anhelada identificación constitucional será factible a través de la prorrogada integración con el Derecho Internacional; dejando en el pasado este desequilibrio existente, donde para conseguir una protección íntegra, solo trasluce esta eventualidad en los procedimientos o jurisdicciones del ámbito externo.

3.- En tercer lugar, se trata más bien de una necesidad de su institucionalización y todo lo que conlleva este salto. Por ejemplo, una mayor posibilidad de observancia y respeto de los derechos subjetivos; por ende, con un mejor panorama proteccionista y garantista, pues se partiría del hecho que es conocida por la comunidad entera. Y ante una ocasión definida, la oportunidad de petitionar un restablecimiento al estado anterior al hecho dañoso, asume como cimiento la existencia de una medida expresa que ampare tal contingencia.

La concreción de esta necesidad, sería el instante para la consumación del compromiso del Estado, adquirido a través de la Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos, de “adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivo los derechos y libertades”.

Perspectivas de la reparación integral como un derecho en el ámbito constitucional

Partiendo de la base que estamos ante un derecho de contenido propio, y por las particularidades de la que le ha investido el sector constitucional, es de avizorarse a este un panorama único; de igual modo, en un corto tiempo.

Con motivo de dichos argumentos, es de prever que la plataforma para visualizar la perspectiva de la reparación integral en cuanto derecho constitucional, representa su finalidad; vale decir, y en términos generales, su cometido garantista de los derechos subjetivos, que la ubica a su vez como un derecho de las mismas nombradías, no por razones de carácter formal, sino por una necesidad.

No obstante, es para no olvidarse un distintivo muy importante al respecto. Pues si bien ha llegado (de acuerdo a nuestros sostenimientos) a tener suficientes identificativos de un derecho fundamental, no es de dejar a la eventualidad que existe una especie de subordinación hacia los derechos constitucionalmente protegidos y a los cuales se debe. Y como ya lo dijera el doctor Puccinelli:

“...aunque su función sea garantizar de alguna manera a otro derecho a que se hubiere conculcado, sólo constituye un medio de protección lato sensu, que opera como tal por el temor del sujeto pasivo al deber de precisar. No es una garantía jurisdiccional, pues no consiste en un me-

*canismo procesal de protección de un derecho tendiente a evitar la violación de esta”.*²⁴

Esta peculiaridad ya identificada, será la relación indisoluble a tener presente para dilucidar cuál ha de ser el desarrollo que pueda tener la reparación en el plano constitucional.

Estamos seguros que, en un plazo no muy lejano, tomará magnitudes en este instante desconocidas (de todas formas, un indicio de lo expuesto es lo que se observa a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tan solo en rasgos generales ha implantado la diversidad de modalidades que adopta, de acuerdo a los casos específicos).

Por lo mismo, teniendo directa adhesión a la intensificación de estos derechos, (que por su parte aparecen en la medida que la sociedad evoluciona), es un hecho, la constante expansión de las formas que pueda abarcar.

En todo caso, esta consolidación -siguiendo nuestros planteamientos-, más allá del origen inocultable en el Derecho Privado, es propia del contorno de la normativa pública, en puntual constitucional, debido a las representaciones que adopta en esta última. Pues, al encargarle finalidades específicas, se vale de aquellas para el alcance de resultados únicos, que difieren no solo del sector de la normativa privada, sino de otras que de ella se valen para sus obtenciones.

Es un reflejo directo, derivado de esta relación de adhesión hacia los derechos fundamentales. Por lo mismo que,

24 PUCCINELLI, Oscar Raúl. op. cit. Pág. 980.

para un desempeño eficiente de estas intenciones, debe darse dentro del ámbito de la normativa jurídica pública y por ello la Constitución ha de encargarse directamente de regularla, y en todos sus aspectos.

Asimismo, como un logro de alcance no tan inmediato (tomando como referencia los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), será una mayor precisión y una plena efectividad de los institutos jurídicos que tienen por finalidad evitar la consumación de la inobservancia de los derechos elementales y que al recinto de estos, la doctrina ha dado a llamar medidas provisionales. No obstante, y para una básica eficacia en el ámbito de la Ley Suprema, se requiere de una condición precisa, que no se pierda en el contenido de un articulado como si fuere una disposición legal más, o como si se tratara de un simple principio.

En cuanto al cometido específico de este noble derecho, sin duda que ello apremia la necesidad de regulaciones puntuales que tiendan a encargarse de una manera eficaz, de las consecuencias del hecho dañoso.

CONCLUSIONES

El estudio realizado en este trabajo, nos ha permitido, fundadamente establecer algunas conclusiones, a través de las cuales -entre otras- se plasma ciertas propuestas que consignan a la reparación integral como un verdadero derecho constitucional.

Como previo, evidenciamos –a nivel de sistemas jurídicos- donde se da un desigual con lo que al respecto ha avanzado la jurisprudencia de tribunales internacionales, de las características de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este plano y no obstante, tales situaciones, se está todavía en épocas donde la reparación, ya no como principio sino como un derecho está afianzado plenamente en el ámbito jurídico internacional, siendo en definitiva estas circunstancias las más favorables para la persona y sus derechos elementales, que se ven notoriamente protegidos.

De la misma manera, y frente a este planteamiento, de “plena protección”, incumbiéndole en un mayor grado a los sistemas internos, se ha visto que esto no acontece; más bien existe una consideración más notoria hacia los derechos elementales, por ende, a la reparación integral, en la esfera jurídica internacional. Prueba de ello, existen figuras puntuales de su manifestación, asignadas a ciertos derechos; procedimientos concretos y eficientes para tal efecto.

Al margen de lo expuesto, y en específico, establecemos algunos puntos de vista que aquí se ha expuesto, a saber:

1.- Que, aunque en insipiencia, existe la tendencia a considerar a la reparación integral como un derecho fundamental, reflejando este solo hecho la profunda preocupación de la norma jurídica en el contexto universal por el ser humano y su bienestar en todos los ámbitos. Que, aunque si bien, es todavía embrionaria su reglamentación, se debe interpretar como una señal de que la Ley sí se interesa por la persona.

¿De qué manera, sino a través de la reparación integral, la norma jurídica se ocuparía, ante la inobservancia de los derechos naturales, que gozan de la categoría de protegidos constitucionalmente?

2.- En el contexto de nuestro planteamiento; esto es, que el Derecho Constitucional se ocupa de la reparación no como institución del Derecho Privado, sino como necesaria para la protección de los derechos fundamentales -sostenemos-, lo hace acondicionándola a sus necesidades concretas; cumpliendo funciones específicas, que en definitiva son las que le han dado una identidad jurídica propia. Por lo que son estos derechos los que construyen los lineamientos de las formas que toma esta institución; por ello, carece de fundamento el sustento de una “constitucionalización” de la reparación, en cuanto institución del Derecho Privado.

3.- Como una derivación de los puntos de vista vertidos en este trabajo consideramos que existe -a su vez- la necesidad de procedimientos ágiles, precisos y rápidos, acordes a la consecución de la reparación integral como derecho.

Aquello implica (en caso de apuntar a la viabilidad de los procesos ya existentes), por una parte, el desentrañar

de ritualidades formulistas que permitan su optimización. Y de otra, ocupándose la Constitución de establecer los máximos derechos de la persona, ha de ser la misma la que tienda también a su garantía. Esto implica a su vez, que no puede haber carencia de mecanismos procesales, y que estos deben pertenecer al orden público.

Débase entender -por otra parte-, y tomando en consideración la característica de estos derechos, cuando se piensa en la posibilidad de soluciones inmediatas a través de institutos ya existentes, que, conductos como el recurso o acción de amparo, simplemente ya no cumplen con las consecuentes expectativas procesales.

Ante tal panorama, resulta incuestionable la necesidad de normas adjetivas apropiadas, que hagan posible las finalidades últimas de los propósitos supremos.

4.- Más allá de ser la reparación integral un derecho emergente, planteamos como necesidad inaplazable, una sistematización de esta a nivel constitucional, que permita contar con bases jurídicas expresas para su debido funcionamiento, pues las normativizaciones actuales, a más de ser esporádicas y desordenadas, incentivan a ciertas confusiones conceptuales. Así, muchas veces, solo se habla de una simple indemnización, cuando en realidad se está ante la presencia de la reparación integral o plena como elemental derecho.

5.- Por los sostenimientos vertidos, conjeturamos que se está ante la presencia de un derecho autónomo; por ende, la reparación integral ha de ser conceptualizada como tal, de allí que, no compartimos las teorizaciones de atarla como una continuación de la seguridad jurídica, o de cualquier otro concepto o principio, más allá de que en

algún momento pudo serla. Esto significa considerar, que si bien en antaño, no era un tema de mayor interés para los ordenamientos jurídicos o para el Derecho Internacional, hoy sí lo son.

Por ello tampoco nos parece apropiado, el sostenimiento que la reparación integral es una “simple consecuencia” de la violación de un derecho constitucional y que todo queda solucionado con una compensación económica. Felizmente, el avance jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos ha dado a entender otra cosa: una preocupación constante a la altura de estos derechos. Que debiéndose, en términos generales, el Derecho al hombre, su bienestar es una prioridad constante, merecedora de la creación de todas las instituciones jurídicas necesarias.

6.- Por último, con basamento en los antecedentes analizados, así como en los sostenimientos vertidos, concebimos que la reparación integral en cuanto derecho supremo, tiene una proyección histórica sin par, toda vez que el desarrollo de los derechos constitucionales en general, así lo avizoran. No obstante, es de necesidad la concreción de las instituciones jurídicas antedichas y la consumación por parte de los órganos estatales, de los compromisos adquiridos principalmente por medio de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que solo de esa manera, se dará el definitivo despegue de este novel derecho, siendo aquel un requisito, a efectos de que no se siga considerando –como se observa en muchas legislaciones y sistemas judiciales- como un principio jurídico más, tan solo aplicable por ejemplo, a puntuales casos por tribunales, en aras de fundamentar sus fallos.

BIBLIOGRAFIA

a) General.

ALCORTA, Amancio; Las garantías constitucionales. (Buenos Aires, 1919), Félix Lajouane Editor.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. (Santiago de Chile, 1981). Imprenta Universal.

AMAYA – BASTERRA – FERNÁNDEZ BARONE – GIL DOMÍNGUEZ – GUALDE – IORIO – JIMÉNEZ – LOIANNO – LÓPEZ ALFONSÍN – MANILI – ONAINDIA – PIZZOLO – SAGÜÉS – SAMMARTINO – SPOTA (h.) – TORICELLI – VÍTOLO. Derecho Procesal Constitucional. (Buenos Aires, 2005). Editorial Universidad.

ARELLANO GARCIA, Carlos; Derecho Internacional Público. Volumen I. (México, 1983). Edit. Porrúa.

BADENI, Gregorio; Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. (Buenos Aires 2004). Edit. La Ley.

BARBA, J. O. (2025). Reparación integral del daño, elementos para su entendimiento. Una visión multidisciplinaria. Mexico: Tirant Lo Blanch.

BARCIA LENMANN, Rodrigo; Lecciones de derecho civil chileno. (Santiago de Chile, 2007). Editorial Jurídica de Chile.

BASSA MERCADO, Jaime; El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales. (Santiago de Chile, 2008). C y C Impresores.

BIDART CAMPOS, Germán J.; Manual de la Constitución Reformada. (Buenos Aires, 2006). Tomo II, 5ª Reimpresión. Editorial EDIAR.

BIDART CAMPOS, Germán J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Nueva Edición ampliada y actualizada a 2002- 2003. Tomo II-A. (Buenos Aires, 2003). Editorial EDIAR.

BORDA, Guillermo A.; Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II. Séptima Edición Actualizada. (Buenos Aires, 1994). Editorial Perrot.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Tratado General de la Responsabilidad Civil. Novena Edición Actualizada. (Buenos Aires, 1997); Ed. Abeledo Perrot.

CASAS, C. I. (2023). El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica. *Prudentia Iuris*, 1-27. doi:<https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.15>

CEA EGANÑA, José Luis; Derecho Constitucional Chileno. (Santiago de Chile, 2002). Ediciones Universidad Católica de Chile.

CLARO SOLAR, Luis; Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, (Santiago de Chile, 1978). Editora Gabriela Mistral.

CREUS, Carlos; BUONPADRE, Jorge Eduardo; Derecho Penal, Parte Especial, 7ª Edición Actualizada y ampliada. (Buenos Aires, 2007). Edit. Astrea.

CROXATTO DUQUE, Marcelo; Las relaciones del derecho penal con el derecho civil. (Santiago de Chile, 1962), Edición Universitaria.

CHIOVENDA, Giuseppe; Instituciones de Derecho Penal Civil. Traducción del Italiano y notas de Derecho español por GOMEZ ORBANEJA, E. (Madrid, 1948). Revista de Derecho Privado.

DAYENOFF, David Elbio; Derecho Penal, Parte Especial. (Buenos Aires, 2003). Editorial García Alonso.

DIEZ DE VELASCO, Manuel; Instituciones de Derecho internacional Público. Décimo Quinta Edición. (Madrid ,2005). Edit. Tecnos. (Grupo Anaya, S.A.).

DUCCI CLARO, Carlos; Derecho Civil: parte general. (Santiago de Chile, 1980). Jurídica, Impresión.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. (Buenos Aires, 2000). Ediciones Depalma. Segunda Edición.

FERNANDEZ MADERO, Jaime; Derecho de Daños: Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales. (Buenos Aires, 2002). Ed. La Ley.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo; Derecho Constitucional Aplicado: 130 casos de estudio. (Santiago de Chile, 2008). Eds. Universidad Católica de Chile.

FISCHER, Hans A. Los Daños Civiles y su reparación. Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español, por ROCES, W. (Madrid, 1928). Librería General de Victoriano Suárez.

GARCIA PELAYO, Manuel; Derecho Constitucional Comparado. (Madrid, 1959). Revista de Occidente.

GHERSI, Carlos Alberto; Reparación de daños. (Buenos Aires, 2000). Editorial Universidad.

GONZALEZ PRAT, Guillermo; De la indemnización de perjuicios por inejecución de las obligaciones: estudio de derecho civil. (Santiago de Chile, 1928). Edit. Electra.

HALAJCZUK, Bohdant T.; MOYA DOMINGUEZ, María Teresa del R.; Derecho Internacional Público. Tercera Edición Actualizada. (Buenos Aires, 1999). Edit. EDIAR.

HÖRMANN MONTT, Jorge; Derecho Constitucional: Manual teórico y práctico. (Santiago de Chile, 1939). Talleres Gráficos San Vicente.

JOSSERAND, Louis; Derecho Civil; revisado y completado por BRUN, André; Traducción de

- CUNCHILLOS Y MANTEROLA. (Buenos Aires, 1950). Editorial Bosch y Cía.
- KELSEN, Hans; Teoría General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo Maynez , 3º Edición . (México 1969). Ed. UNAM.
- MEZA BARROS, Ramón; Manual de Derecho Civil: de las obligaciones. (Santiago de Chile, 2008). Salesianos Impresores.
- MOSSET ITURRASE, Jorge; Responsabilidad por daños; Parte General, Tomo I. (Buenos Aires, 1971). Edit. EDIAR.
- MOYA DOMINGUEZ, María Teresa; Manual de Derecho Internacional Público. (Buenos Aires, 2004). Edit. EDIAR.
- NAVARRO ALBIÑA, René; Manual de derecho civil: curso de derecho civil: generalidades. (Santiago de Chile, 2006). Ediciones Jurídicas.
- ORDOQUI, Gustavo, y OLIVERA Ricardo; Derecho Extracontractual. Volumen II. (Montevideo, 1974). Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.
- PEÑAILILLO AREVALO, Daniel; La expropiación ante el Derecho Civil. (Santiago de Chile, 2004). Editorial Jurídica de Chile.
- PEREDA, F. E. (2025). Conciliación penal, reparación integral y justicia restaurativa. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.

PEREZ GUERRERO, Alfredo. Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano. (Quito, 1940). Imprenta de la Universidad.

PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y Extracontractual. Parte General, Tomo I. (Buenos Aires, 2006). Edit. La Ley.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Sexto. (La Habana, 1936). Editorial Cultural, S.A.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves. Derecho Constitucional Argentina, Tomo I (Buenos Aires, 2001). Rubinal – Celzoni Editores.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario; Tratado de Derecho Constitucional. (Santiago de Chile, 1993). Ed. S. R. U.

RIVERA, Julio César; Instituciones de Derecho Civil. (Buenos Aires, 2004). Parte General. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Edt. Abeledo Perrot.

SAGÜES, Néstor Pedro; Elementos de Derecho Constitucional: Tomo II, 3ª Ed. Actualizada. (Buenos Aires, 1999). Editorial Astrea.

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio; Código Civil 1855-2005: evolución y perspectivas. (Santiago de Chile, 2005). Editorial Jurídica de Chile.

TRIGO REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J.
Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomos I, II,
III y IV. (Buenos Aires, 2004). Edit. La Ley.

URZUA VALENZUELA, Germán; Manual de Derecho
Constitucional. (Santiago de Chile, 1996). Editorial
Jurídica de Chile.

VERDROSS, Alfred; Derecho Internacional Público. 6°
Edición. (Madrid, 1976). Edit. Aguilar.

VODANOVIC H., Antonio; Manual de Derecho Civil:
parte preliminar y general. (Santiago de Chile,
2006). C y C Impresores.

b) Especial.

BIDARTCAMPOS, Germán J.; MONCAYO, Guillermo J.;
VANOSSI; SCHIFFRIN, Leopoldo; TRAVIESO,
Juan; PINTO, Mónica; GORDILLO, Agustín;
ALBANESE, Susana; MAIER, Julio B. J. y Otros.
La aplicación de los tratados sobre derechos
humanos por los tribunales locales. (Buenos Aires,
1997). Editores del Puerto S.R.L.

BIDART CAMPOS, Germán J; Derecho de Amparo,
(Buenos Aires, 1961). Ediar Editores.

GOMEZ BERNALES, Gastón; Derechos fundamentales
y recurso de protección. (Santiago de Chile, 2005).
Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de
Derecho. Producciones gráficas.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo; Derecho Procesal Constitucional. Amparo. (Buenos Aires, 2006). Rubinzal- Culzoni Editores.

LOPEZ MAYNASCO, Sebastián Andrés; Garantía Constitucional de la no discriminación económica. (Santiago de Chile, 2006). 1º Edc. Editorial Jurídica de Chile.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto; Derechos Fundamentales y garantías constitucionales. Vol. I. (Santiago de Chile, 2007). Edic. Librotecnia.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. (Madrid, 2002). 22Ed. Edit. Espasa Calpe.

SAGÜES, Néstor Pedro; Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Corpus. Tomo IV; 2da. Edición, (Buenos Aires, 1988). Editorial Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (Director); ÁBALOS, María Gabriela (Coordinadora); Garantías y Procesos Constitucionales. (Mendoza, 2003). Ediciones Jurídicas Cuyo.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos; El Hábeas Corpus – Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Comparada. (Buenos Aires, 1927). Valerio Abeledo Editor.

SBDAR, Claudia Beatriz; Amparo de Derechos Fundamentales. (Buenos Aires, 2003). Edit. Ciudad Argentina.

c) Documental.

ANDRADA, Alejandro Dalmacio. Responsabilidad del Estado y de los jueces en razón de una equivocada declaración de quiebra. La Ley 2006-D, 342.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Edición 2006. Editorial La Ley.

CODIGO CIVIL DE CHILE. (Santiago de Chile, 2005). C y C Impresores.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE MEXICO. (Ciudad de México). Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha 8 de Enero de 2008.

CODIGO PENAL DEL PERU.- (Lima 8 de Abril de 1991). Diario Oficial del Perú.

CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE. (Santiago de Chile, 2006). Editorial Jurídica de Chile.

CODIGO PROCESAL PENAL DE REPUBLICA DOMINICANA. (Santo Domingo, República Dominicana). Publicado en La Gaceta Oficial de 27 de Septiembre de 2002.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (30 de Noviembre de 2023). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/122.asp>

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos

Humanos. (Buenos Aires, 2006). 21ª. Edición. A-Z Editora S.A.

CONSTITUCION POLITICA DE CHILE. (Santiago,2006). Editorial Jurídica de Chile.

CONSTITUCION POLITICA DE CHILE de 1925. (Santiago, 1926). Soc. Imprenta y Litografía Universo.

CONSTITUCION POLITICA DE ESPAÑA. (Madrid, 29 de Diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado.

FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 1980- 2005. (Santiago de Chile, 2006). Cuadernos del Tribunal Constitucional, No 33.

PUCCINELLI, Oscar Raúl. ¿ Derecho Constitucional a la Reparación?. Revista El Derecho, 167-969.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación. Documento entregado, por el mencionado autor, en el Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina; Período de Derecho Público, año 2007.