

Diálogo

Jurisprudencial

Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Tribunales Nacionales
Corte Interamericana de Derechos Humanos

JULIO - DICIEMBRE 2010

9



IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



Konrad
Adenauer
Stiftung

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

TRIBUNALES NACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Núm. 9 Julio-Diciembre de 2010



IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2011

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Diego García-Sayán
Presidente

Leonardo Franco
Vicepresidente

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Asamblea General (2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero permanente

Mayra Alarcón Alba

Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

Felipe González

Paulo Sérgio Pinheiro

Dinah Shelton

Luz Patricia Mejía

María Silvia Guillén

Jesús Orozco Henríquez

Rodrigo Escobar

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Diego García-Sayán

Leonardo Franco

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Roberto Cuéllar M.
Director ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro
Director

Mónica González Contró
Secretaria académica

Elvia Lucía Flores Ávalos
Jefa del Departamento de Publicaciones

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Roberto Cuéllar M.
Pablo Saavedra Alessandri
Directores

Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinador editorial

Publicación coordinada por
Producción Editorial de Servicios Especiales-IIDH.
Revisión y corrección de estilo: Marisol Molestina Gaviria.
Formación en computadora: Karla B. Templos Núñez.
Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz.

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2007-091413241400-102
Número de certificado de licitud de título: en trámite
Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

Primera edición: 28 de noviembre de 2011

DR © 2011 Corte Interamericana de Derechos Humanos
DR © 2011 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
DR © 2011 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México
ISSN en trámite

CONTENIDO

<i>Contents</i>	XI
Presentación	XIII
<i>Foreword</i>	XV
Nota del editor	XVII
<i>Editor's Note</i>	XIX
La doctrina de la “situación irregular” de menores y su aplicación es contraria a los estándares internacionales de derechos humanos del menor porque no distingue los procedimientos y trato de los menores en conflicto con la ley penal de aquéllos que necesitan protección y cuidado. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, 2 diciembre de 2008</i>	1
El derecho a ser asistido por un traductor o intérprete es esencial del derecho al debido proceso. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Bolivia, 24 de septiembre de 2007</i>	19
El Estado puede incurrir en responsabilidad por la falta de protección adecuada a cualquier persona cuya vida corra peligro en razón de su cargo o sus actividades. <i>Extracto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Colombia, 31 de enero de 2011</i>	29

CONTENIDO

Los recursos jurídicos internos no solamente deben existir formalmente sino que también deben tener efectividad frente a violaciones de derechos humanos. <i>Extracto de la Sentencia de Corte Constitucional para el Período de Transición, Ecuador, 19 de mayo de 2009</i>	49
El ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información no es absoluto frente a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. <i>Extracto de la Sentencia de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 24 de septiembre de 2010</i>	65
La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, México, 31 de agosto de 2010</i>	135
Las garantías del imputado que conforman el debido proceso también son aplicables en materia administrativa. <i>Extracto de la Sentencia de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Nicaragua, 10 de marzo de 2010</i>	161
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso <i>Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay</i> . <i>Extracto de la Sentencia de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 12 de mayo de 2009</i>	181
Las leyes que impiden la investigación, proceso y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante regímenes <i>de facto</i> son contrarias a los derechos humanos de las víctimas. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Uruguay, 19 de octubre de 2009</i>	187

CONTENIDO

La desaparición forzada de personas es imprescriptible. <i>Extracto de la Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Argentina, 10 de junio de 2010</i>	215
La suspensión del ejercicio de los derechos político-electorales debe basarse en criterios objetivos y razonables en relación con el efecto útil que se pretenda con esa medida. <i>Extracto de la Sentencia de la Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación México, 24 de marzo de 2011</i>	261

CONTENTS

<i>Foreword</i>	XV
<i>Editor's Note</i>	XIX

The doctrine of the “irregular situation” of minors and its application is contrary to the international human rights standards of the minor because it does not distinguish between children in need of care and protection and those in conflict with the law, in terms of judicial procedure and treatment. <i>Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice of the Nation, Argentina, December 2, 2008.</i>	1
The right to be assisted by a translator or interpreter is an essential guarantee of the right to a fair trial. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Tribunal, Bolivia, September 24, 2007.</i>	19
The State may be liable due to its failure to adequately protect every person whose life may be in danger due to his or her charge or activities. <i>Judgment excerpt of the Chamber for Contentious-Administrative Proceedings of the State Council, Colombia, January 31, 2011</i>	29
Domestic judicial recourses must not only exist formally, but must also be effective in the face of human rights violations. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Court for the ‘Transition Period’, Ecuador, May 19, 2009.</i>	49

CONTENTS

The exercise of the rights to freedom of expression and information is not absolute against the rights to privacy, honor, and one's own image. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, El Salvador, September 24, 2010</i>	65
Effective judicial protection requires that the review of decisions that deny access to a court of law be especially rigorous. <i>Judgment excerpts of the Administrative Tribunal of the State of Michoacán de Ocampo, Mexico, August 31, 2010</i>	135
The accused's guarantees of due process are also applicable to administrative matters. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, Nicaragua, March 10, 2010</i>	161
The enforcement of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights: the case of the <i>Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay</i> . <i>Judgment excerpt of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, Paraguay, May 12, 2009</i>	181
The laws that prevent the investigation, prosecution, and punishment of the responsible for grave human rights violations committed during <i>de facto</i> regimes are contrary to the human rights of the victims. <i>Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice, Uruguay, October 19, 2009</i>	187
The crime of forced disappearance of persons is non extinguishable. <i>Judgment excerpt of the National Chamber for Cassation in Criminal Matters, Argentina, June 10, 2010</i>	215
The suspension of the exercise of political and electoral rights must be based on objective and reasonable criteria in relation to the effective application intended with that measure. <i>Judgment excerpts of the Regional Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary, Fifth Proportional Voting District, Mexico, March 24, 2011</i>	261

PRESENTACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Fundación Konrad Adenauer han convenido la publicación de una revista que proporcione el panorama de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de los más altos órganos judiciales de los países americanos. Fue así como vio la luz *Diálogo Jurisprudencial*, cuyo primer número corresponde al semestre julio-diciembre de 2006.

Uno de los fenómenos más relevantes del actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en lo que toca a su necesaria incorporación de los ordenamientos y las prácticas nacionales, es la recepción judicial que se observa a través de pronunciamientos, de diversa materia, emitidos por las cortes supremas, cortes constitucionales y salas constitucionales de un creciente número de países. De esta forma adquiere verdadera trascendencia —en lo concerniente al plano jurisdiccional, que reviste la mayor importancia— la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ese Tribunal internacional —o supranacional— no constituye una última instancia asociada a las instancias nacionales de conocimiento. Intérprete y aplicador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros textos internacionales que le confieren competencia material, está llamado a examinar los derechos y libertades estipulados en aquellos instrumentos y fijar su sentido y alcance. Una vez desarrollada la interpretación del órgano judicial internacional, las instancias nacionales debieran acogerla como criterio autorizado sobre ta-

PRESENTACIÓN

les instrumentos, que poseen fuerza vinculante para los Estados que los han ratificado, y por ello crean obligaciones a cargo de éstos y definen derechos en beneficio de los particulares.

La publicación de la revista *Diálogo Jurisprudencial* sirve al objetivo de dar a conocer el movimiento que existe en este ámbito en diversas jurisdicciones de nuestra América, para conocimiento y reflexión de funcionarios de la administración de justicia, catedráticos, investigadores y estudiantes de derecho. Esta difusión puede alentar nuevos desarrollos en otros países. El objetivo final es, claramente, consolidar la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y brindar mayor extensión y firmeza al “estatuto contemporáneo del ser humano”, beneficiario de normas nacionales e internacionales que le reconocen la titularidad de derechos y libertades, y aseguran el efectivo ejercicio de éstos.

En el noveno número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen once sentencias —expuestas a través de una conveniente selección de párrafos— correspondientes a Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por las abogadas Yuria Saavedra Álvarez (México), Ana Belem García Chavarría (México) y Mariana Clemente Fábrega (Venezuela).

FOREWORD

The Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Institute of Human Rights, the Institute for Juridical Investigations of the National Autonomous University of Mexico and the Konrad Adenauer Foundation have agreed to publish a journal that provides a panoramic view of the reception that international human rights law, and specifically the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, has had among the highest judicial bodies in American states. Thus, *Jurisprudential Dialogue* was born; its first edition corresponds to the July-December 2006 semester.

One of the most relevant trends in the present development of international human rights law, concerning the necessary incorporation of international human rights law into national practice and regulation, is the judicial reception observed through pronouncements of various kinds by Supreme Courts, Constitutional Courts and Constitutional Courtrooms in an increasing number of countries.

Accordingly, the Inter-American Court's jurisprudence acquires true transcendence in the jurisdictional sphere, which is of the utmost importance. This international or supranational Tribunal does not constitute an appellate court to decisions made by national courts. As interpreter and applier of the American Convention on Human Rights and other international texts that confer upon it material jurisdiction, the Court is called to examine the rights and freedoms stipulated within those instruments and to establish their meaning and reach. Once the international judicial body has developed said interpretation, national courts must adopt it as an authoritative interpretation that binds countries that have

FOREWORD

ratified those instruments, and thus creates obligations for those states and defines individual rights.

The publication of the journal *Jurisprudential Dialogue* serves to provide an understanding of the developments in this field in an array of America's jurisdictions, in order that judicial authorities, professors, investigators and law students may draw knowledge and reflection from this source. Such diffusion may encourage new developments in other countries as well. The final objective is, clearly, to encourage the national integration of international human rights law and to strengthen and improve the "contemporaneous status of the human being" as a beneficiary of national and international norms that recognize these rights and liberties and assure their effective exercise.

In the ninth edition of the journal, now in the hands of readers, eleven judgments are provided—transcribed wholly or in part through an appropriate selection of paragraphs when it concerns extensive resolutions—that correspond to Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Mexico, Nicaragua, Paraguay and Uruguay. The editors thank attorneys Yuria Saavedra Álvarez (Mexico), Ana Belem García Chavarría (Mexico) and Mariana Clemente Fábrega (Venezuela) for the support provided in the preparation of these materials.

NOTA DEL EDITOR

Las sentencias recogidas en este número de *Diálogo Jurisprudencial* se transcriben en extracto.

Las citas a pie de página y las referencias a fallos o sentencias se recogen en los términos que figuran en las resoluciones transcritas.

Las sentencias incluidas en esta publicación aparecen en el idioma en que fueron dictadas. En cada caso se ofrece una sinopsis en español e inglés. El texto íntegro de las sentencias puede ser consultado en el disco compacto que acompaña a este número de la *revista*.

EDITOR'S NOTE

The sentences gathered in this issue of *Diálogo Jurisprudencial* are transcribed in extract.

Footnote citations and other references to judgements or sentences are given just as they appear in the transcription.

The judgements published herein are given in the languages in which they were written, along with a synopsis in Spanish and English. The full text of the judgements may be found in a compact disc attached to this issue of the *revista*.

LA DOCTRINA DE LA “SITUACIÓN IRREGULAR”
DE MENORES Y SU APLICACIÓN ES CONTRARIA
A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS DEL MENOR PORQUE
NO DISTINGUE LOS PROCEDIMIENTOS
Y TRATO DE LOS MENORES EN CONFLICTO
CON LA LEY PENAL DE AQUÉLLOS
QUE NECESITAN PROTECCIÓN Y CUIDADO

Sinopsis: En la presente sentencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina resolvió un recurso de queja interpuesto por el Fiscal General en contra de una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal de ese país. Tal decisión había hecho lugar a un recurso de casación e inconstitucionalidad mediante el cual la Cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, y ordenó a diversas autoridades la adopción de ciertas medidas para, entre otros, adecuar la legislación penal en materia de menores a nuevos estándares constitucionales en la materia y establecer un sistema integral y coordinado con la Ley 26.061, relativo a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. A tal efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal estableció plazos concretos y un mecanismo de informes bimestrales para ser informada sobre los avances al respecto.

En su decisión, la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis de los estándares internacionales sobre derechos humanos de los menores de edad. Entre otros, señaló que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende que éstos gozan de todos los derechos humanos en tanto personas pero que, a su vez, se debe proporcionar a los niños una protección especial en términos de derechos, libertades y garantías concretos a los que los Estados deben dar efectividad. Uno de los principios estable-

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

cidos en tal Convención es el relativo al trato a que tienen derecho los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales. En tales casos, las medidas que deben adoptar los Estados deben estar orientadas al tratamiento de los niños sin que se recurra a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Asimismo, haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema señaló que la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley y las normas y procedimientos correspondientes deben caracterizarse, entre otros, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a los niños sin que se recurra a procedimientos judiciales. En caso de ser necesario un proceso judicial, deben disponerse medidas especiales en atención a su situación de vulnerabilidad, también cuando esté en juego su derecho a la libertad personal, el cual no puede deslindarse del principio del interés superior del niño. Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los temas abordados por la Corte Suprema fue el relativo a la doctrina de la “situación irregular” del menor que se desprende de la Ley 22.278. Señaló, siguiendo lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño a la Argentina, que dicha doctrina no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado como, por ejemplo, aquéllos provenientes de familias pobres y que son colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, y niños en conflicto con la ley penal.

La Corte Suprema de Argentina revocó la sentencia objeto del recurso de queja con base en que, si bien no era censurable por el dictamen que formulaba acerca de los defectos del sistema vigente sobre el tratamiento de menores de edad en conflicto con la ley, la Cámara Nacional de Casación Penal había excedido el cometido del Poder Judicial fijado por la Constitución Nacional argentina al dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria y ordenando la implementación de un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando la solución del problema requería de la concreción de medidas de política pública previas correspondientes a otros poderes del Estado. No obstante lo anterior, la Corte Suprema señaló que no podía permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente en la materia, entre otros, a la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido, requirió al Poder Legislativo para que, en un plazo razonable, adecuara la legislación a los estándares mínimos pertinentes derivados

de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y a los Poderes Ejecutivos nacional y local para que a través de los organismos administrativos correspondientes, adoptaran en un plazo razonable las medidas de su competencia. Por lo que se refiere al Poder Judicial, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana conforme a la cual los deberes de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incumben a cualquier poder y órgano independientemente de su jerarquía, la Corte Suprema señaló que entre las “medidas de otra índole” (artículo 2 de la Convención Americana) que los Estados deben adoptar para garantizar los derechos humanos están las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño. Estableció que, en tal sentido, corresponde a los jueces velar por el respeto de los derechos de los niños y adolescentes bajo su jurisdicción, lo cual implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos tales derechos. También corresponde a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en las que se encuentran los niños sujetos a internación con el fin de adoptar las medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En relación con los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, corresponde a los jueces adoptar medidas especiales orientadas, principalmente, hacia servicios sustitutivos de la internación teniendo como guía el principio del interés superior del niño, según sus circunstancias particulares.

En su sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Argentina se basó, entre otros, en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, y “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*.

La sentencia se encuentra acompañada de un voto particular.

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

THE DOCTRINE OF THE “IRREGULAR SITUATION”
OF MINORS AND ITS APPLICATION IS CONTRARY
TO THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
STANDARDS OF THE MINOR BECAUSE
IT DOES NOT DISTINGUISH BETWEEN CHILDREN
IN NEED OF CARE AND PROTECTION
AND THOSE IN CONFLICT WITH THE LAW, IN TERMS
OF JUDICIAL PROCEDURES AND TREATMENT

Synopsis: In this judgment, the Supreme Court of Justice of Argentina solved a remedy of complaint filed by the Attorney General of the Republic against a decision rendered by the National Chamber for Cassation in Criminal Matters. By means of such decision, it was admitted an appeal for annulment and a constitutional motion by which the Chamber declared the unconstitutionality of article 1 of Law 22.278, related to Minors Criminal Responsibility and ordered several authorities to adopt certain measures to, among other aspects, adapt the criminal legislation related to minors to new constitutional standards in the matter and to establish a comprehensive system in coordination with Law 26.061 related to the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents. To that end, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters set specific deadlines and a mechanism of bi-monthly reports to be informed on the progress made in this regard.

In its decision, the Supreme Court of Justice made an analysis of the international human rights standards of minors. Among other aspects, it pointed out that according to the Convention on the Rights of the Child, the children enjoy all human rights in their condition as persons but that, at the same time, they must be provided with special protection in terms of specific rights, freedoms and guarantees and States must give effect to them. One of the principles established in such Convention is the one related to the treatment that must be given to those children who are accused of violating criminal laws. In such cases, the measures States must adopt must be oriented to the treatment of children without resorting to judicial proceedings, whenever it is appropriate and desirable. Moreover, in reference to the case-law of

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

the Inter-American Court of Human Rights, the Supreme Court pointed out that the special jurisdiction for children in conflict with the law and the corresponding rules and proceedings must be characterized, among others, by the possibility of adopting measures to treat children without resorting to judicial proceedings. Should a judicial proceeding be necessary, special measures must be ordered bearing in mind the situation of defenselessness of the minor, also when the minor's right to personal freedom is at risk, which cannot be viewed in isolation from the principle of the best interest of the child. Based on the foregoing, one of the issues addressed by the Supreme Court was the one related to the doctrine of the "irregular situation" of the minor, as derived from Law 22.278. It pointed out, following what was indicated by the Committee on the Rights of the Child to Argentina, that said doctrine does not clearly distinguish between the children in need of care and protection, those children from poor families who are placed in public assistance institutions or residential homes and those in conflict with the law.

The Supreme Court of Argentina revoked the judgment which was the subject of the remedy of complaint based on that, even though it was not reprehensible based on the pronouncement issued about the defects in the system in force in relation to the treatment of minors in conflict with the law, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters had exceeded the competence of the Judicial Branch as established by the Argentine National Constitution when it delivered a judgment with the force of a repealing general rule and ordered the implementation of another mechanism, when the solution to the problem required the prior adoption of public policy measures that corresponded to other branches of the government. Without detriment to the foregoing, the Supreme Court pointed out that it cannot remain indifferent towards the seriousness of the situation and the delay in adapting the current legislation in the matter, among other aspects, to the Convention on the Rights of the Child. To this end, it requested the Legislative Branch to, within a reasonable time, adapt the legislation to the corresponding minimum standards established in international human rights treaties, and the national and local Executive Branch to, by means of the corresponding administrative bodies, adopt measures within its sphere of competence, within a reasonable time. As to the Judicial Branch, based on the case-law of the Inter-American Court

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

according to which States' duty to respect and guarantee the rights enshrined in the American Convention on Human Rights is incumbent on any branch and body independently of its hierarchy, the Supreme Court pointed out that the "other measures" (article 2 of the American Convention) that States Parties must adopt to guarantee the human rights include the judicial decisions. Courts are obliged to take into account, in the first place, the child's best interest. It established that, in this regard, it falls upon the judges to ensure to the children and adolescents subject to their jurisdiction the respect for their rights, which imply to provide them with all the guarantees in order to give effect to their rights. It also falls upon the judges to personally know, in a direct and updated manner, the condition of the children who are placed in institutions in order to adopt the corresponding measures so as to improve the child's living conditions in such institutions. In relation to the children who commit a crime but who are below the minimum age, it is up to the judges to adopt special measures addressed to, mainly, provide them with alternative services of treatment taking into account, as guideline, the principle of the best interest of the child, according to the particular circumstances.

The Supreme Court of Justice of Argentina based its judgment on, among others, the judgments delivered by the Inter-American Court of Human Rights in the cases of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, "Street Children" (Villagran Morales et al) V. Guatemala and "The Last Temptation of Christ" (Olmedo Bustos et al) v. Chile.

Separate opinion in judgment.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ARGENTINA

RECURSO DE HECHO INTERPUESTO
POR EMILIO GARCÍA MÉNDEZ Y LAURA CRISTINA
MUSA
CAUSA NO. 7537
2 DE DICIEMBRE DE 2008

...

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez comprobada la edad del menor*— en un plazo no mayor de *90 días* se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió la decisión recurrida (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el

recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del *sub examine*.

3º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de Incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su “madurez” (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4). La Convención, en breve, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

4º) Que uno de los principios establecidos por la Convención se relaciona con el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (idem). Cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considerar relevante, en cambio, el medio social en que vive. Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas” ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras

posibilidades alternativas a la internación en instituciones", que debe prever el Estado.

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso (Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2-9-2004, Serie C N1 112, párr. 211). Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal "no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad" (ídem, párr. 225). Es pertinente también reproducir los términos en que la citada Corte ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: "En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida" (Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19-11— 1999, Serie C N1 63, párr. 191).

5º) Que estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución.

La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 11, párrafos segundo, tercero y cuarto. El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”, abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la “situación irregular” y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en in-

ternados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6— 2001, CRC/C/15/Add. 154, párrs. 11 y 56).

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

6º) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: ...).

Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: ...); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional).

No es asunto de desaprobado solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger.

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.

7º) Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a

los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes “debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho” (arts. 32 y 33).

Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte.

9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquella se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto.

10) Que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso “Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)” Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: ...). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

11) Que, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Es menester tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: ...). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: ...).

12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 31, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces.

Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, “si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” (Observación General N° 10/2007, “Derechos del niños en la Justicia de menores”, del 25 de abril de 2007, párr. 31).

En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia ser-

“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

vicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad.

13) Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Por ello, se hace lugar a la queja, y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacional y local, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia, a la Defensoría General y a la Procuración General de la Nación. Oportunamente, devuélvase. ...

EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE ES ESENCIAL DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Sinopsis: Mediante la presente sentencia el Tribunal Constitucional de Bolivia revisó una resolución de hábeas corpus denegada a una persona que se encontraba en prisión preventiva y quien alegó haber sido detenido y sometido a posteriores actuaciones ministeriales y judiciales sin haber contado con un intérprete ya que su idioma materno era el portugués. El Tribunal Constitucional analizó el contenido del derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete a la luz del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual consagra las garantías judiciales. El Tribunal Constitucional se remitió a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para señalar que el derecho del imputado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del tribunal es un elemento esencial del debido proceso para entender lo que acontece en las diferentes actuaciones procesales y comunicarse correctamente tanto con su abogado como con el juez. De esta manera, el imputado puede asumir plenamente su defensa tanto material como técnica. El Tribunal Constitucional aprobó la resolución de hábeas corpus denegada al imputado por considerar que dicha persona comprendía y hablaba perfectamente el idioma castellano, lo cual fue constatado por la autoridad judicial y por lo cual no se consideró necesaria la designación de un traductor.

Aunque no lo nomina expresamente, el Tribunal Constitucional de Bolivia se basó en la *Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”*.

THE RIGHT TO BE ASSISTED BY A TRANSLATOR
OR INTERPRETER IS AN ESSENTIAL
GUARANTEE OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

Synopsis: *By means of this judgment, the Constitutional Tribunal of Bolivia reviewed the decision by which it was denied a writ of habeas corpus filed a person who was in custody pending trial and who alleged having been detained and subjected to subsequent judicial and prosecution proceedings without the assistance of an interpreter since his mother tongue was Portuguese. The Constitutional Tribunal analyzed the content of the right to be assisted without charge by a translator or interpreter in the light of article 8 of the American Convention on Human Rights, which embodies the judicial guarantees. The Constitutional Tribunal referred to the case-law of the Inter-American Court of Human Rights and indicated that the right of the accused to be assisted, without charge, by a translator or interpreter if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court is an essential element of the due process in order to understand the different proceedings that are conducted and to have an effective communication with his attorney and the judge. Therefore, the accused may defend himself personally or be assisted by legal counsel of his own choosing. The Constitutional Tribunal upheld the decision by which it was denied the writ of habeas corpus filed by the accused upon considering that said person perfectly understood and spoke Spanish, which was proved by the judicial authority, and therefore the tribunal considered that the appointment of a translator was not necessary.*

Though it is not expressly mentioned, the Constitutional Tribunal of Bolivia based its decision on Advisory Opinion OC-16/99, "The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
BOLIVIA

REVISIÓN DE HÁBEAS CORPUS
INTERPUESTO POR FRANCISCO MANUEL
MENDONÇA RODRÍGUEZ DE OLIVEIRA
EXPEDIENTE 2007-16349-33-RHC
24 DE SEPTIEMBRE DE 2007

...

En revisión la Resolución HC-09/2007 de 17 de julio, ... pronunciada por el Juez Sexto de Sentencia en lo Penal del Distrito Judicial de La Paz, dentro del recurso de hábeas corpus interpuesto por Francisco Manuel Mendonça Rodríguez de Oliveira contra Carlos Guerrero Arraya y Marcela Siles Jaksic, Jueces Primero y Décima de Instrucción en lo Penal del mismo Distrito Judicial, respectivamente y Félix Peralta Peralta, Fiscal de Sustancias Controladas de La Paz, alegando la vulneración de su derecho a la libre locomoción, consagrado por el art. 7 inc. g) de la Constitución Política del Estado (CPE).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

El recurrente, en el memorial presentado el 12 de julio de 2007..., señala que el 1 de junio de 2007, fue aprehendido en el área de preembarque del aeropuerto de “El Alto” por funciona-

DERECHO A SER ASISTIDO POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE

rios de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN), sin que le hicieran conocer los motivos ni entender nada de lo que sucedía, pues su lengua materna es el portugués, único idioma que conoce y habla perfectamente, no habiéndosele designado intérprete, irregularidad que persistió cuando fue remitido al Fiscal recurrido, y luego llevado a audiencia de medidas cautelares, donde el Juez Primero de Instrucción en lo Penal, en vez de velar porque se respeten sus derechos y garantías, agravó su situación disponiendo su detención preventiva.

Relata que remitido el cuaderno procesal a la Jueza Décima de Instrucción en lo Penal, por motivo de la vacación judicial, no veló porque se respeten sus derechos conculcados, manteniéndolo a la fecha ilegalmente detenido.

I.1.2. Derecho supuestamente vulnerado

El recurrente estima vulnerado su derecho a la libre locomoción, consagrado por el art. 7 inc. g) de la CPE.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio

Se demanda de hábeas corpus a Carlos Guerrero Arraya y Marcela Siles Jaksic, Jueces Primero y Décima de Instrucción en lo Penal del Distrito Judicial de La Paz, respectivamente; y Felix Peralta Peralta, Fiscal de Sustancias Controladas de La Paz, solicitando se declare procedente el recurso y se ordene su inmediata libertad.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de hábeas corpus

Efectuada la audiencia pública el 17 de julio de 2007, ... se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación del recurso

El abogado del recurrente ratificó y reiteró los términos del recurso planteado.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

La Jueza Décima de Instrucción en lo Penal, en el informe escrito..., señala que se encuentra de turno en las vacaciones judiciales, y que en el proceso que ha motivado el recurso no realizó ninguna actuación jurisdiccional, por lo que desconoce los aspectos demandados.

El fiscal Félix Peralta Peralta, en su informe brindado en audiencia, indicó: 1) El recurrente tenía pleno conocimiento de la Resolución de medidas cautelares, por ello presentó apelación incidental, pues entiende y conoce el español; 2) Asumió defensa a través de su abogado, el recurso de apelación presentado fue declarado inadmisibile por descuido de dicho profesional.

El Juez Primero de Instrucción en lo Penal, en su informe brindado en audiencia expresó: a) El 2 de junio de 2007, celebró la audiencia de medidas cautelares disponiéndose la detención preventiva del recurrente, donde se informó que el español es de conocimiento del imputado y éste así lo expresó; b) En aquella oportunidad estaba asistido de otro abogado, quien no hizo ninguna mención a que su defendido no tuviera comprensión del idioma español.

I.2.3. Resolución

El Juez de hábeas corpus dictó Resolución declarando improcedente el recurso, con los siguientes fundamentos: i) Según se evidencia del acta de audiencia de medidas cautelares, el recurrente hizo uso de su defensa material, no siendo aplicable la SC “058/2006-R”; ii) De acuerdo al “art. 250 de la Ley 1970”, el Auto que dispone una medida cautelar no causa estado y es modificable o revocable aun de oficio cuando se presenten nuevos elementos de convicción; iii) La Jueza Décima de Instrucción en lo Penal no realizó ninguna actuación en el proceso, por lo que carece de legitimación pasiva para ser demandada.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

En mérito al acta 004/2007 de 20 de agosto, el pleno de este Tribunal dispuso la suspensión general del cómputo de plazos

DERECHO A SER ASISTIDO POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE

procesales; reanudándose dichos plazos mediante acta 27/2007 de 12 de septiembre; habiéndose suspendido nuevamente a partir del 17 de septiembre por acta extraordinaria 01/2007 de 14 de septiembre ; los mismos que se reanudan de acuerdo a lo establecido en el acta extraordinaria 02/2007 de 24 de septiembre, por lo que la presente Sentencia es pronunciada dentro del plazo legalmente establecido.

II. CONCLUSIONES

De la debida revisión y compulsa de los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal, se establece lo siguiente:

II.1. Francisco Manuel Mendonça Rodríguez de Oliveira (recurrente), fue aprehendido a horas 19:45 del 1 de junio de 2007, en la zona de preembarque nacional del aeropuerto de “El Alto”, al haber sido sorprendido en posesión de sustancias controladas en su equipaje. El 2 de junio de 2007, el fiscal Félix Peralta Peralta (recurrido), formuló imputación formal en su contra por la presunta comisión del delito de fabricación de sustancias controladas, dando aviso sobre el inicio de la investigación....

II.2. En audiencia de medidas cautelares realizada el 2 de junio de 2007, el Juez Primero de Instrucción en lo Penal cautelar (correcurrido) mediante Resolución 333/2007 dispuso su detención preventiva (fs. 14 a 16). Por Auto de Vista 161/2007 de 10 de julio, en audiencia, la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, declaró inadmisibles por extemporáneo, el recurso de apelación planteado contra aquella Resolución...

II.3. Del acta de audiencia de medidas cautelares, respecto a la necesidad o no de designación de intérprete, se establece lo siguiente: i) El abogado del recurrente, no solicitó intérprete o traductor para su defendido; ii) El Juez consultó al recurrente y a la coimputada sobre si entendían el idioma castellano, habiendo ambos respondido afirmativamente; y, iii) El imputado y ahora recurrente hizo uso de la palabra en la audiencia expli-

cando que su compañera y coimputada no tenía conocimiento del contenido de la maleta que le fue incautada...

II.4 A la Jueza Décima de Instrucción en lo Penal (correcu-rrida), de turno en la vacación judicial, se le remitieron varios procesos de diferentes Juzgados, entre los cuales el que motiva el presente recurso, sin que empero haya realizado ninguna ac-tuación o dictado providencia alguna.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la li-bre locomoción al señalar que cuando fue aprehendido por fun-cionarios de la FELCN, en el aeropuerto de “El Alto”, no enten-día nada de lo que sucedía, pues su lengua materna es el portugués, único idioma que conoce y habla perfectamente, no habiéndosele designado intérprete; irregularidad que persistió cuando fue puesto a conocimiento del Fiscal recurrido y agrava-da por el Juez Primero de Instrucción en lo Penal, quien dispu-so su detención preventiva. Asimismo, la Jueza Décima de Instrucción en lo Penal, lejos de velar porque se respeten sus derechos, lo mantiene ilegalmente detenido hasta la fecha. Por consiguiente, en revisión de la Resolución del Juez de hábeas corpus, se debe determinar si corresponde o no otorgar la tu-tela que brinda el art. 18 de la CPE.

III.1. A los efectos de resolver adecuadamente la problemáti-ca planteada, dado que el argumento central del recurrente es-triba en la falta de designación de intérprete en todas las ac-tuaciones que se realizaron, lo que presuntamente habría ocasionado la vulneración de sus derechos y garantías, pues su lengua materna es el portugués, único idioma -dice- que entien-de y habla perfectamente. Corresponde entonces señalar lo que la jurisprudencia de este Tribunal ha destacado al respecto; en ese sentido, en la SC 0058/2006-R de 18 de enero, sobre el dere-cho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, previsto en el art. 8.2 inc. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se estableció lo siguiente:

“(...) el citado derecho es considerado por la doctrina consti-tucional como una garantía que permite asegurar el derecho a

DERECHO A SER ASISTIDO POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE

la defensa en el marco de los procesos penales, ello porque se constituye en el pilar fundamental para el ejercicio del derecho la defensa del imputado, toda vez que la ignorancia del idioma utilizado por el juez o tribunal o la dificultad de su comprensión por parte del imputado, pueden constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa; por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que este derecho se constituye en ‘un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso’. De lo referido se infiere que el derecho del imputado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma que utiliza el juez o tribunal se constituye en un elemento esencial del derecho al debido proceso, ya que sólo al contar con un traductor o intérprete podrá comprender plenamente en su idioma materna todo cuanto acontece en las diferentes actuaciones procesales, así como le permitirá tener una comunicación correcta con su abogado así como con el juez o los miembros del tribunal, de manera que así podrá asumir plenamente su defensa tanto material como técnica; por lo tanto, si el sindicado no comprende o no habla el idioma del juez o tribunal a cargo de la etapa preparatoria y posterior juicio, necesariamente deberá designársele un intérprete o traductor para que en su lengua materna le ponga en conocimiento de todas las actuaciones y situaciones que se van suscitando sobretodo en la realización de las declaraciones y las audiencias públicas”.

III.2. En la especie, de acuerdo a los antecedentes que cursan en obrados, se establece en primer término que el recurrente comprendía y hablaba suficientemente el idioma español, aspecto que de inicio la autoridad judicial tuvo el cuidado de constatar, por lo que estableció que no era necesaria la designación de un traductor, que tampoco fue solicitada por su defensa; por el contrario, en el indicado idioma, el imputado intervino personalmente en la audiencia haciendo uso de la palabra, explicando las circunstancias en que se produjeron los hechos que se le imputan, pretendiendo al mismo tiempo salvar la responsabilidad de su compañera y coimputada y formu-

lando sus petitorios, habiendo en consecuencia ejercido la defensa material a que tiene derecho, al margen de la defensa técnica a cargo de su abogado, por lo que en definitiva, no ha existido indefensión alguna derivada de la falta de designación de defensor de oficio, que en el caso -se reitera- no era necesaria, pues el idioma no constituyó obstáculo alguno para que el recurrente, conozca de la sindicación de que era objeto y todo lo relacionado con los actuados del proceso y sus derechos y garantías.

Ahora bien, habiéndose dispuesto en dicha audiencia, la detención preventiva del recurrente, éste en ejercicio de su derecho a la defensa, interpuso recurso de apelación incidental; de manera extemporánea, motivo por el cual la alzada fue declarada inadmisibile por los Vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, persistiendo en consecuencia la privación de su libertad, circunstancia que en todo caso es atribuible a su negligencia, o cuando menos a la de su abogado, misma que no puede ser salvada con la interposición del presente recurso extraordinario.

III.3. En cuanto al Fiscal y a la Jueza Décima de Instrucción en lo Penal recurridos, se tienen que el recurrente no es explícito en cuanto a los actos presuntamente ilegales en que pudiesen haber incurrido como hechos motivantes de su recurso, al margen de la falta de designación del intérprete, que conforme ya se estableció, en autos no era necesaria. Además, la autoridad judicial en último término referida, no intervino en actuado alguno respecto al recurrente, a más de recibir los actuados pertinentes con motivo de la vacación judicial, careciendo en consecuencia de legitimación pasiva para ser demandada.

Los antecedentes expuestos precedentemente muestran que el caso no se encuentra dentro de las previsiones y alcances del art. 18 de la CPE, por lo que el Juez de hábeas corpus al haber declarado improcedente el recurso, ha efectuado una adecuada compulsa de los antecedentes y dado cabal aplicación al citado precepto constitucional.

POR TANTO

DERECHO A SER ASISTIDO POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE

El Tribunal Constitucional en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 18.III y 120.7^a de la CPE; arts. 7 inc. 8) y 93 de la Ley del Tribunal Constitucional en revisión, resuelve APROBAR la Resolución HC-09/2007 de 17 de julio, ... pronunciada por el Juez Sexto de Sentencia en lo Penal del Distrito Judicial de La Paz.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

...

EL ESTADO PUEDE INCURRIR EN RESPONSABILIDAD
POR LA FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA
A CUALQUIER PERSONA CUYA VIDA CORRA PELIGRO
EN RAZÓN DE SU CARGO O SUS ACTIVIDADES

Sinopsis: La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia resolvió un recurso de apelación interpuesto en el marco de una acción de reparación directa contra el Estado. En la sentencia impugnada se habría negado declarar patrimonialmente responsable a la Nación, por la omisión en la protección de la vida de un abogado que se desempeñaba como asesor de organizaciones sindicales, quien fue víctima de un atentado en la ciudad de Medellín. Ello debido a que si bien era cierto que existían amenazas contra dicha persona, la solicitud de protección se hizo a través de una asociación, requiriéndose que el directamente afectado, acudiera a la autoridad competente solicitando protección y salvaguarda.

La Sala indicó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagran el derecho a la libertad de asociación, señalando que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. Además, el segundo instrumento internacional establece que los Estados partes garantizarán “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”. Asimismo, la Sala señaló que la Corte Constitucional de Colombia ha protegido, en innumerables oportunidades, el derecho a la libre asociación sindical, “sosteniendo que este derecho fundamental no se agota con la facultad de fundar o pertenecer a esta clase de organizaciones, sino que se extiende a otro tipo de derechos y garantías que hacen po-

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

sible el verdadero ejercicio de la actividad sindical y el cumplimiento de las finalidades para lo cual han sido creados”.

Al respecto, la Sala tuvo en consideración que, durante el período que comprendió el proceso, las organizaciones sindicales y las personas que hacían parte o estaban relacionadas con las mismas, estuvieron en una situación de riesgo constante, pues fueron víctimas de amenazas e intimidaciones contra su vida e integridad física debido a la actividad que desarrollaban. Sobre esta base, la Sala advirtió que la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de las personas que integran las organizaciones sindicales, está prohibida, por la normativa tanto internacional como nacional. Es así que el Estado no debe tolerar o permitir situaciones en que se pongan en peligro a dichas entidades o personas. Durante la consideración del fondo, la Sala indicó que cuando un funcionario público o cualquier persona, requiere de protección por considerar que su vida corre peligro en razón de su cargo o por el desarrollo de sus actividades, las autoridades competentes que conozcan el estado en que se encuentra, tienen el deber de brindar la protección adecuada. En tal sentido, es posible indagar responsabilidad al Estado, en virtud a que el daño antijurídico se produce por la omisión en sus deberes.

En consecuencia, la Sala determinó que en el asunto *sub examine* no había lugar a dudas que las entidades demandadas fallaron en su deber de protección y seguridad, toda vez que conocían el peligro al que estaba sometido el demandante debido a la actividad profesional que ejercía y no desplegaron las actuaciones necesarias para precaver el daño que efectivamente se produjo. Por ende, declaró a la Nación, específicamente al Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Ejército Nacional, patrimonialmente responsables por las lesiones causadas.

THE STATE MAY BE LIABLE DUE TO ITS FAILURE
TO ADEQUATELY PROTECT EVERY PERSON
WHOSE LIFE MAY BE IN DANGER DUE
TO HIS OR HER CHARGE OR ACTIVITIES

Synopsis: *The Chamber for Contentious-Administrative Proceedings of the State Council of Colombia solved an appeal filed*

within the framework of an action for direct reparation against the State. In the appealed ruling, the court had refused to declare the Nation to be financially responsible for having failed to protect the life of a lawyer who worked as an advisor of a trade union and was a victim of an attack in the city of Medellin. The foregoing due to the fact the even though it was true threats had been issued against said person, the request for protection was made by means of a trade union and the aggrieved party was required to be the person who directly had to resort to the competent authorities to request for protection and defense.

The Chamber indicated that the American Convention on Human Rights and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights embody the right to freedom of association, indicating that “everyone has the right to associate freely for ideological, religious, political, economic, labor, social, cultural, sports, or other purposes”. Moreover, the second international treaty establishes that State Parties shall ensure “the right of workers to organize trade unions and to join the union of their choice for the purpose of protecting and promoting their interests”. Moreover, the Chamber pointed out that the Constitutional Court of Colombia has protected, on countless occasions, the right to freedom of association, “and held that this fundamental right is not limited to the right to organize or belong to these associations, but it extends to other type of rights and guarantees that allow the true exercise of the trade union activity and the compliance with the goals for which they have been created”.

In this regard, the Chamber took into account that, during the period that the proceeding lasted, the trade unions and the persons who belong to them or had connection to them, were in a situation of constant risk, given they were victims of threats and acts of intimidation against their lives and physical integrity due to the activity they carried out. Therefore, the Chamber noted that the national and international set of rules does not permit any breach or threat of the fundamental rights of the people who belong to trade unions. Hence, the State must not tolerate or allow these situations in which entities or persons are at risk. In the consideration of the merits, the Chamber indicated that when a public official or any other person requires for protection since he or she considers his or her life is at risk by reason of his or her job or the activities he or she carries out, the competent authori-

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

ties hearing the case have the duty to provide the individual with adequate protection. To this end, it is possible to inquire the State's responsibility, since the unlawful damage is caused due to the State's failure to comply with its duties.

Therefore, the Chamber determined that in the instant case, there was no doubt that the respondent entities failed to comply with their duty of protection and security, given they knew the risk the plaintiff was running in view of the professional activity he carried out and yet, did not adopt measures necessary to avoid the damage that was effectively caused. Therefore, it declared that the Nation, specifically the Ministry of Defense, National Police and National Army, was financially responsible for the injuries inflicted.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
COLOMBIA

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
INTERPUESTA POR LUIS ASDRÚBAL JIMÉNEZ VACA
Y OTROS
EXPEDIENTE 17.842

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2011

...
Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011).

...
Resuelve la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En libelo demandatorio presentado el 8 de febrero de 1990, los señores Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, quien actúa en su nombre y en representación de los menores: Diana Lucía y Jorge Ignacio Jiménez Yabur; Abel Antonio Jiménez Manco y Magda María Jiménez Vaca, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, por la omisión en la protección de la vida del abogado Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, quien fue víctima de un atentado el 4 de abril de 1988 en la ciudad de Medellín, que le

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

generó graves lesiones, lo obligó a salir del país y mantenerse en el exilio.

Como consecuencia de la anterior declaración, pidieron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno. Igualmente, deprecaron por perjuicios materiales, sin determinar la modalidad, la suma equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro para cada uno o lo que se logre demostrar en el proceso.

En apoyo de sus pretensiones, los demandantes narraron que el abogado, Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, se desempeñaba como asesor del Sindicato de Trabajadores Agropecuarios y del Sindicato de Trabajadores del Banano, labor que le generó enemistades y amenazas contra su vida. El 4 de abril de 1988, cuando se desplazaba en una vía en la ciudad de Medellín, dos sicarios dispararon contra el automóvil en el que se movilizaba, causándole heridas de gravedad. Estando en el centro hospitalario donde fue trasladado luego del atentado, fue amenazado de nuevo, lo que lo obligó a solicitar a Amnistía Internacional su salida del país, como refugiado político, y desde esa fecha vive exiliado en la ciudad de Londres, sin posibilidades de regresar debido a su condición.

...

3. En la contestación de la demanda, el apoderado de la Policía Nacional solicitó que se negaran las súplicas de la misma, toda vez que no estaba demostrado que la entidad no hubiera prestado la protección supuestamente solicitada con anterioridad. De otro lado, deprecó que se declararan las excepciones de ineptitud de la demanda por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 259 del C.P.C.

...

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia del 8 de julio de 1999, negó las súplicas de la demanda; consideró que si bien era cierto que existían amenazas contra el deman-

dante, la solicitud de protección se hizo a través de una asociación que pretendía la protección de un sinnúmero de sindicalistas y abogados en todo el país, de allí que no se le podía exigir a la entidad demandada la protección a cada uno de ellos. Según el *a quo*, en estos casos se requiere que el directamente afectado, acuda a la autoridad competente solicitando protección y salvaguarda, y como quiera que ésta circunstancia no se presentó, en el asunto bajo estudio, la demandada no era responsable por los daños que se le imputaban.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la anterior providencia. Solicitó la revocatoria de la sentencia pues el Estado tenía la obligación de velar por la vida del señor Luis Asdrúbal Jiménez Vaca y no lo hizo, es más, lo expuso a una situación de grave peligro al permitir que grupos subversivos controlaran las ciudades y propiciaran la inseguridad, lo que generó las condiciones para perpetrar el atentado y lo obligó a salir del país sin posibilidad de retorno.

...

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

...

8. Con los documentos y medios probatorios relacionados, se tiene por establecido que el 4 de abril de 1988, Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, fue herido de gravedad en un atentado ocurrido en la ciudad de Medellín. Igualmente, está demostrado que como consecuencia de lo anterior, el lesionado padece de alteraciones y limitaciones funcionales y estéticas.

Ahora bien, toda vez que está acreditado el daño antijurídico, se debe analizar si de los elementos probatorios allegados al

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

proceso, se puede establecer que aquél es imputable a las entidades demandadas.

Varios testigos coinciden en señalar que el señor Asdrúbal Jiménez Vaca, recibía amenazas a través de llamadas telefónicas y panfletos debido a su actividad profesional, adicionalmente, indicaron que acudieron él y otras personas a las autoridades respectivas para solicitar seguridad y protección. Sobre el particular, la Policía Nacional, la Gobernación de Antioquia y la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, negaron que fueran advertidas del peligro que corría el señor Jiménez Vaca (Fol. 178 cuad. 1 y 236, 252 y 267 cuad. 2), sin embargo, esto no es suficiente para desvirtuar las declaraciones de los testigos, ya que no sólo éstos insisten en que previo al atentado se exigieron medidas de seguridad para el demandante, sino que también obra en el proceso una denuncia pública de la Asociación de Abogados Laboralistas al Servicio de los Trabajadores, al respecto.

La Sala no comparte las consideraciones del Tribunal de primera instancia al señalar que se requería, además de la prueba testimonial, una solicitud expresa de protección relacionada directamente con la situación de Luis Asdrúbal Jiménez Vaca; sobre el tópico es necesario señalar y precisar que siempre y cuando la prueba allegada al proceso sea contundente respecto a la falta de protección, no se requieren medios probatorios adicionales para validar lo que, como sucede en este caso, detalla con precisión y tino la prueba testimonial.

...

Asimismo, con anterioridad y posterioridad a la época en que ocurrieron los hechos, 4 de abril de 1988, era de conocimiento generalizado la situación de orden público en la región de Urabá, Antioquia, que afectaba directamente a las organizaciones sindicales y a las personas relacionadas con éstas. En efecto, en el proceso obran copias de las actas de las reuniones celebradas en la ciudad de Medellín, el 9 y 19 de diciembre de 1985, entre el gobernador de Antioquia, el viceministro de gobierno y los representantes de varios sindicatos, debido a los hechos violentos en la zona de Urabá y en las que se comprometieron a ga-

rantizarles el derecho a la vida, la libertad de opinión y expresión política. Al respecto, es necesario precisar y destacar que, en desarrollo de las funciones y obligaciones de carácter polici-vo que ostentan las autoridades departamentales y municipales, existía un deber de protección que se materializó respecto a los militantes sindicales en las referidas reuniones, en consecuencia, a aquéllas les correspondía desplegar las acciones necesarias para evitar hechos lamentables como el ocurrido, en atención a que conocían las circunstancias particulares de este grupo vulnerable.

Ahora bien, desde el punto de vista probatorio, las actas de las reuniones celebradas el 9 y 19 de diciembre de 1985, entre el gobernador de Antioquia y el viceministro de gobierno, como gobierno departamental y nacional, y los representantes de varios sindicatos y los empresarios, tienen un valor cualificado, en atención a la calidad de autoridades de policía que en sus respectivos niveles nacional y departamental detentaban el señor gobernador y el viceministro de gobierno. Por lo tanto no se pueden tener las citadas actas, como expresiones de buena voluntad, toda vez que probatoriamente contienen compromisos, que al fin y al cabo, además no son más que la reiteración de las finalidades y propósitos que justifican la razón de ser de las autoridades públicas, y del Estado en general frente al ciudadano en cuanto a la garantía de protección a los derechos a la vida, la libertad de opinión y expresión política, como se señaló en esos documentos; de allí su fuerza probatoria cualificada y específica.

Igualmente, varias organizaciones internacionales pusieron de presente esta difícil situación, entre ellas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en un informe rendido en el año 1981¹, puso de presente su preocupación respecto a la situación de los derechos humanos en Colombia, se refirió especialmente a la vulneración de la libertad de pensamiento, expresión, reunión y asociación, y recomendó que se adoptaran medidas más eficaces para el esclarecimiento de las violaciones

¹ ...

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

a los derechos mencionados castigando eficazmente a los responsables.

Posteriormente, en el año 1999, la Comisión se refirió, de nuevo, al caso colombiano; señaló que la situación de los dirigentes sindicales en el país era alarmante pues se trataba de una población vulnerable...

...

Así las cosas, es indudable que durante el periodo que comprende el presente proceso, las organizaciones sindicales y las personas que hacían parte o estaban relacionadas con las mismas, estuvieron en una situación de riesgo constante, pues fueron víctimas de amenazas e intimidaciones contra su vida e integridad física debido a la actividad que desarrollaban.

Esta situación no puede ni debe ser ajena al Estado, de allí que, éste debe desplegar todas las acciones que tenga a su alcance para garantizar los derechos fundamentales de poblaciones en riesgo y grupos vulnerables, como es el caso de las organizaciones sindicales y sus miembros. Adicionalmente, la normativa internacional sobre derechos humanos -Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, consagran el derecho a la libertad de asociación, señalando que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”, y establece, igualmente, que los Estados partes garantizarán “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”.

Así mismo, la Corte Constitucional ha protegido, en innumerables oportunidades, el derecho a la libre asociación sindical², sosteniendo que este derecho fundamental no se agota con la facultad de fundar o pertenecer a esta clase de organizaciones, sino que se extiende a otro tipo de derechos y garantías que ha-

² ...

cen posible el verdadero ejercicio de la actividad sindical y el cumplimiento de las finalidades para lo cual han sido creados³.

“Como lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia reiterada (cf. especialmente las Sentencias T-418 de 1992 y T-230 de 1994), la libertad de asociación sindical posee rasgos diferenciadores frente a la libertad genérica de asociación, consagrada en el artículo 38 de la Carta. Mientras esta garantiza a todas las personas la posibilidad jurídica de acordar la realización de actividades conjuntas, sin restricciones distintas a las consagradas en la Constitución y las leyes, aquélla tiene titulares y fines propios: son los trabajadores quienes, a través de su ejercicio, reivindican la importancia de su papel dentro del proceso económico, y promueven la mejoría de sus condiciones laborales. Es por esto por lo que se puede afirmar que en tanto que la libertad de asociación es un poder Jurídico frente al Estado, la de asociación sindical lo es, por lo menos de manera inmediata, de una clase productiva frente a otra. Así lo muestra la génesis histórica de esas libertades: la primera corresponde a los derechos de primera generación, propios del liberalismo racionalista, mientras la segunda fue incorporada por el pensamiento social de la primera mitad del presente siglo.

“Dentro de la lógica intrínseca a la libertad de asociación sindical, el sindicato aparece como la organización encargada de asumir la defensa de los intereses de los trabajadores. Su razón de ser en el seno de sociedades industrializadas, organizadas jurídicamente bajo la forma de Estados sociales de derecho, no es otra que la necesidad de la existencia de un intermediario entre los empleadores y los trabajadores individualmente considerados. Y es precisamente gracias a esa tarea primordial, que los sindicatos gozan de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico (v.gr. fuero sindical, artículo 39 de la Constitución Política y 405 del Código Sustantivo del Trabajo; sanciones a quienes obstaculicen su actividad, artículo 354 del C.S.T), y que su reconocimiento Jurídico opera con la simple inscripción del acta de constitución.

³ ...

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

“Para el desarrollo de esa tarea, la ley otorga a los sindicatos la posibilidad de establecer las reglas de su organización interna y su funcionamiento. Así, el artículo 362 del C.S.T. establece que “toda organización sindical tiene el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos”. Se entiende, entonces, que siendo los sindicatos organizaciones entre particulares, en principio los parámetros que los rigen -incluyendo las condiciones de ingreso, como lo prevé el numeral 39 de la disposición mencionada-, son de libre escogimiento por parte de quienes participan en su conformación.

“No obstante, este principio no tiene un alcance ilimitado. Si bien las asociaciones sindicales defienden los intereses de los trabajadores afiliados, su papel preponderante en las relaciones obrero-patronales hace que su actuación afecte de manera decisiva el goce efectivo del derecho de todos los trabajadores (afiliados y no afiliados) a promover el mejoramiento de sus condiciones laborales.

“Es por esta razón por la que el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente frente a las condiciones de funcionamiento de organizaciones de esa naturaleza, mucho más cuando está fundado en valores de participación y pluralismo (artículo 1 de la Carta). Así lo quiso el constituyente de 1991 al ordenar en el segundo inciso del artículo 39, la sujeción de los sindicatos “al orden legal y a los principios democráticos” (subrayado de la Sala). En el ejercicio de su fuero interno, un sindicato puede establecer las condiciones de funcionamiento que estime pertinentes, siempre que ellas sean compatible con los principios rectores de una sociedad democrática.”⁴

En este orden de ideas, es claro que la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de las organizaciones sindicales y/o de las personas que las integran, está prohibida, por la normativa internacional como nacional, de allí que, el Estado no debe tolerar o permitir situaciones en que se pongan en peligro a entidades o personas en condiciones de vulnerabilidad; sin embargo, lamentablemente, en el caso que nos ocupa el mi-

⁴ ...

litante sindical fue perseguido por su condición, y sus derechos a la vida e integridad fueron gravemente transgredidos.

Ahora bien, como quiera que existen medios de convicción que permiten inferir que el afectado solicitó protección y que ésta no le fue prestada de forma eficiente, es posible endilgar responsabilidad al Estado en el caso concreto, en virtud a que el daño antijurídico se produjo por la omisión en sus deberes.

Al respecto la Sala tiene por establecido que cuando un funcionario público o cualquier persona, requiere de protección por considerar que su vida corre peligro en razón de su cargo o por el desarrollo de sus actividades, las autoridades competentes que conozcan el estado en que se encuentra, tienen el deber de brindar la protección adecuada⁵.

“En consecuencia, si bien la Policía Nacional desconocía cualquier tipo de amenaza en relación con el personero Jorge Enrique León Chávez, lo cierto es que sí era consciente del riesgo al que se encontraban sometidos los funcionarios y autoridades locales, tanto así que se les brindaron diversas instrucciones en relación con las rutas a tomar, los desplazamientos, entre otros aspectos, lo que evidencia y pone de presente la posición de garante que había asumido la fuerza pública en cuanto concierne a la protección y salvaguarda de los derechos, bienes e intereses legítimos de los pobladores de San Alberto y, específicamente, respecto de las autoridades civiles del municipio, como quiera que ellas venían en una labor de confrontación directa con la delincuencia, razón que reforzaba la idea de la necesidad de protección de su vida e integridad personal.

“Al respecto, la Sala en sentencia del 4 de octubre de 2007, sostuvo lo siguiente:

“Desde esa perspectiva, es claro que el Ejército Nacional conocía de la situación de peligro que se había radicado en cabeza del señor Argemiro Tobón —no propiamente a sus instancias—, sino a partir de la actividad desplegada por los miembros de la institución militar. En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el

⁵ ...

peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió *posición de garante*⁶ frente a la integridad del ciudadano.

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho⁷.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley —en sentido material— atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta,

⁶ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

⁷ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico”...

siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”⁸

“En esa perspectiva, el daño antijurídico a diferencia del aserto del *a quo*, deviene imputable a la entidad demandada toda vez que la Policía Nacional estaba compelida, en virtud de la posición de garante, a evitar el resultado que en virtud del conocimiento y las reglas de la experiencia era esperable, esto es, que cualquiera de los grupos armados que operaban en la zona atentara contra la vida e integridad de los funcionarios del municipio de San Alberto; y como quiera que esa intervención no se produjo, se configuró una omisión que sin anfibología alguna fue la determinante en la producción del daño, lo que desencadena una responsabilidad de tipo patrimonial de la administración pública, máxime, si esa circunstancia configuró un desconocimiento del deber de seguridad y protección, lo que traduce una falla del servicio.”⁹

Por ende, la obligación de resarcir el daño alegado se encuentra en el desconocimiento del deber de protección y seguridad que le asiste a las autoridades públicas y, de manera particular, a las militares y policiales de salvaguardar los derechos, bienes e intereses legítimos de los asociados, en los términos establecidos en el artículo 2º de la Carta Política¹⁰.

Acerca del contenido y alcance de la obligación de seguridad y protección de la fuerza pública respecto de los particulares, la Sala puntualizó:

“A pesar de las constantes amenazas contra las vidas y los bienes de los demandantes, las autoridades militares y de policía que conocían de la situación peligro por la que atravesaban, y ante quienes con insistencia habían acudido en demanda de protección, guardaron silencio y no asumieron conducta alguna tendiente a brindar la protección pedida, con los medios disponibles para ello. Sin justificación alguna omitieron dar respuesta, de cualquier naturaleza que fuese, a las peticiones que días antes de la toma guerrillera les hicieran los demandantes. Sur-

⁸ ...

⁹ ...

¹⁰ ...

ge clara, pues, en este caso, la omisión del Estado en brindar protección a los bienes de los demandantes, la cual fue determinante en la producción del daño antijurídico que se reclama. Los demandantes presentaron varias solicitudes concretas de protección a las autoridades, las cuales fueron desatendidas, sin tener en cuenta que existían circunstancias especiales (como la muerte del administrador de la finca y las constantes denuncias que por boleteo, presentaron los actores, etc.), **que hacían necesaria una protección inmediata a sus vidas y a sus bienes por parte de las autoridades competentes, teniendo en cuenta para ello, como se dijo anteriormente, los medios con que contaba el Estado para realizar dicha tarea, habida cuenta que las vidas y los bienes de un grupo de personas, se encontraban expuestas a una situación de inminente peligro**, el cual se concretó, con la muerte de tres personas y la destrucción de las viviendas, los muebles y el hurto de semovientes y otros bienes, propiedad de los actores.”¹¹

“(…)

“El relación con el deber de seguridad que corresponde prestar al Estado, cabe señalar que el mismo está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución que establece que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por su parte, el artículo 6 ibídem establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. **De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.** De tal manera que, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad insti-

¹¹ ...

tucional, que de ser continua, pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos.”¹²(Negrillas adicionales).

Así las cosas, en el asunto *sub examine* no hay lugar a dudas que las entidades demandadas fallaron en su deber de protección y seguridad, toda vez que conocían el peligro al que estaba sometido el demandante debido a la actividad profesional que ejercía y no desplegaron las actuaciones necesarias para precaver el daño que efectivamente se produjo¹³.

9. En cuanto a las indemnizaciones que, por perjuicios morales y materiales solicitaron los demandantes, se tiene que el daño moral está acreditado, ya que Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, fue víctima de una atentado contra su vida e integridad física¹⁴ originado por la omisión de las entidades demandadas en proporcionarle protección en razón a su condición.

Adicionalmente, está demostrado que el señor Jiménez Vaca se vio obligado a salir del país como exiliado político por la situación de inseguridad en que se encontraba, así lo señalaron varios testigos quienes coincidieron en señalar que Amnistía Internacional colaboró en este proceso (Fol. 279, 286 y 329 cuad. 1). Es indudable que el estado de indefensión del demandante, en razón a las amenazas contra su vida por motivos profesionales, fue determinante en la decisión de solicitar asilo en el exterior, lo que configura, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, un desplazamiento forzado, como quiera que esta figura también es aplicable cuando la persona no puede regresar a su residencia y/o lugar de trabajo por temor a ser asesinado¹⁵.

¹² ...

¹³ ...

¹⁴ ...

¹⁵ ...

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

En este orden de ideas, está claro que el demandante no sólo vio afectada su vida e integridad física, sino que, igualmente, varios derechos fundamentales le fueron vulnerados al verse sometido a esa diáspora o desplazamiento forzado¹⁶ al abandonar su país, su familia y sus condiciones laborales, por estas razones, es que se indemnizarán los perjuicios morales para Luis Asdrúbal Jiménez Vaca...

Respecto a los otros demandantes, también está probado el perjuicio moral, por cuanto acreditaron ser hijos, padre y hermana del afectado conforme a los registros civiles de nacimiento allegados con la demanda (Fol. 34 a 38 cuad. 1) y además, porque las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, amén de la importancia que en el desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

...

Respecto a los perjuicios materiales, se tiene que si bien se solicitó indemnización por concepto de daño emergente, no se allegó ninguna prueba que lo acreditara, por tal razón, se denegará. En relación con el lucro cesante, obra en el proceso un dictamen médico realizado al lesionado, por solicitud del tribunal de primera instancia, en el que se consignó que “las lesiones que el señor Jiménez sufrió el 4.4.88 (sic) le han afectado en todo sentido. A medida que el tiempo transcurre su severidad disminuye debido a su decidida determinación de mejorar, pero las limitaciones y molestias sobre las cuales he escrito van a continuar y requieren tratamiento médico por un periodo de tiempo indefinido. Estimo que su capacidad funcional se ha reducido a un 80% de lo que solía ser” (Fol. 379 cuad. 1).

Ahora bien, en cuanto al salario que el demandante devengaba como profesional del derecho, no obra en el proceso prueba que demuestre con exactitud sus ingresos, sin embargo, en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se reconocerá el lucro ce-

¹⁶ ...

sante solicitado pues la negación del reconocimiento del daño porque no se ha determinado el nivel de ingresos del afectado, resulta abiertamente contraria a la equidad, cuando está plenamente probado que el lesionado ejercía una actividad lucrativa lícita.

En esa línea de pensamiento, la equidad constituye un instrumento útil para determinar la proporción o valoración de un daño cuando resultan insuficientes los datos que integran el proceso, sin que tenga la obligación el juez de arribar a conclusiones matemáticas específicas, ya que, son la sana crítica y el sentido común, articulados con la equidad como principio general del derecho, los instrumentos que permiten determinar o establecer resultados fundamentados en la experiencia, a efectos de, so pena de aplicar la ley, imponer conclusiones o decisiones injustas que no se acompañan con los principios y valores constitucionales¹⁷.

...

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Revócase la sentencia proferida el 8 de julio de 1999, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

Declárase a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Ejército Nacional-, patrimonialmente responsables por las lesiones del señor Luis Asdrúbal Jiménez Vaca, en las circunstancias relatadas en la parte motiva de esta providencia.

Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Ejército Nacional-, a pagar las siguientes sumas de dinero:

¹⁷ ...

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE PROTECCIÓN ADECUADA

...

Segundo. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

...

LOS RECURSOS JURÍDICOS INTERNOS NO SOLAMENTE DEBEN EXISTIR FORMALMENTE SINO QUE TAMBIÉN DEBEN TENER EFECTIVIDAD FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Sinopsis: La Corte Constitucional de Ecuador para el Período de Transición resolvió una acción constitucional por incumplimiento de sentencia. Mediante este recurso una persona solicitó a dicha Corte proceder a la declaratoria de incumplimiento de una resolución del Ex Tribunal Constitucional por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil. Dicha resolución había declarado la violación del derecho de propiedad y, como efecto, produjo la obligación de dar cumplimiento a un auto anterior que ordenó la inscripción de adjudicación de dos inmuebles.

Con base en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho de toda persona a un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes”, en la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 del mismo instrumento y en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional se refirió a la necesidad de garantizar la eficacia de las sentencias, por cuanto a más de la existencia formal de los recursos, éstos deben tener efectividad, es decir, se deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. En tal sentido, la Corte Constitucional indicó que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia sino que lo que se pretende, además, es que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas. En razón de lo anterior, determinó la violación del derecho de propiedad por existir una ilegal y arbitraria cancelación de inscripción del registro inmobiliario de los inmuebles en cuestión por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil, ya que éste no acató el auto de inscripción de adjudicación. Finalmente,

LOS RECURSOS JURÍDICOS INTERNOS Y SU EFECTIVIDAD

ordenó que la resolución expedida por el Ex Tribunal Constitucional fuera cumplida en su integridad.

En la presente sentencia la Corte Constitucional de Ecuador se basó, entre otros, en sentencias de la Corte Interamericana dictada en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, y *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*.

DOMESTIC JUDICIAL RECOURSES MUST NOT ONLY EXIST FORMALLY, BUT MUST ALSO BE EFFECTIVE IN THE FACE OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Synopsis: The Constitutional Court of Ecuador for the 'Transition Period' ruled on a constitutional motion for the non-compliance with a judgment. By means of this remedy, a person requested the Constitutional Court to declare the non-compliance with a resolution of the former Constitutional Court by the Property Register of Guayaquil. By virtue of said resolution, it was declared the violation of the right to property and, therefore, it was ordered the compliance with a previous court order by means of which the registration of two real estates had been ordered.

Based on article 25 of the American Convention on Human Rights, which recognizes that "everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse", on the obligation contained in article 1.1 thereof and on the case-law of the Inter-American Court of Human Rights, the Constitutional Court referred to the need to guarantee the effectiveness of the rulings given that, despite their formal existence, they must be effective in the sense that they must produce results or answers to the violations of the rights enshrined in the Convention. To this end, the Constitutional Court indicated that the State's responsibility is not limited to the decisions or judgments issued by their competent authorities. The intention is, in addition, to make the State guarantee the means to enforce such final decisions.

CORTE CONSTITUCIONAL, ECUADOR

Based on the foregoing, the Constitutional Court determined the violation of the right to property based on the illegal and arbitrary cancellation of the registration of the real estates in the Registry, by the Real Estate Register of Guayaquil since it did not comply with the court order deciding such registration. Finally, it ordered that the resolution issued by the Former Constitutional Court be complied with in full.

In the present judgment, the Constitutional Court referred to the jurisprudence of the Inter-American Court in the cases Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Baena Ricardo and others v. Panama, and Acevedo Jaramillo and others v. Peru.

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO
DE TRANSICIÓN ECUADOR

ACCIÓN CONSTITUCIONAL POR INCUMPLIMIENTO
CASO N.º 0003-08-IS

SENTENCIA DE 19 DE MAYO DEL 2009

...

I.- ANTECEDENTES

Abg. Fadua Aucar Dacchach, por sus propios derechos, formula acción constitucional por incumplimiento el 17 de noviembre del 2008; solicita a la Corte Constitucional para el Periodo de Transición que proceda a dar paso a la declaratoria de *“Incumplimiento por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil de una resolución del Tribunal Constitucional”*. En tal virtud, se procede con lo establecido en el artículo 436, numeral 9 de la Constitución vigente y artículos 82, 83 y 84, de las Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición.

...

El incumplimiento de la sentencia constitucional cuyo cumplimiento se solicita

Tribunal Constitucional del Ecuador¹
Caso No. 29-98-RA
7 de mayo de 1998, 09H00

¹ ...

LOS RECURSOS JURÍDICOS INTERNOS Y SU EFECTIVIDAD

“Revocar lo resuelto por el inferior, por carecer de fundamento y por implicar un desconocimiento de lo que es la Constitución y de las facultades del Tribunal Constitucional, como máximo órgano de control constitucional. Consecuentemente debe cumplirse y sin dilación alguna, so pena de desacato, la resolución No. 180-95-CP, debiendo el Presidente de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, devolver de inmediato el juicio 190-87, al juzgado Séptimo de lo Civil de Guayas, a fin de que el Juez, cumpla y haga cumplir lo resuelto por el superior sobre la base que fueron declarados inconstitucionales los actos de 5 de mayo de 1992 y 11 de octubre de 1994, acto este último que no causa efecto jurídico alguno; y, consecuentemente no tiene valor la providencia que anuló el proceso desde fojas 603, por carecer de competencia. De conformidad con los considerándolos anteriores, por intermedio de la Presidencia del Tribunal Constitucional, diríjanse sendos y atentos oficios a los señores: Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Ministro Fiscal General, acompañando copia certificada de esta resolución para los fines consignados.”

Al respecto, es necesario tener presente lo estipulado por la Segunda Sala, el 6 de enero de 1999 a las 09H00:

“EL Registrador no debe ignorar cual es el campo de sus deberes y atribuciones, ni olvidar que según la Carta Política y la Ley, el Tribunal Constitucional es el supremo órgano de control y justicia constitucionales. Sus resoluciones no son susceptibles de recurso alguno y deben ser cumplidas por todos los funcionarios del Estado, los Órganos del Poder Público y por las personas naturales y jurídicas, por tanto el Registrador de la Propiedad debió cumplir sin comentario ni pretexto alguno lo dispuesto por la Jueza Séptima de lo Civil del Guayas, en su providencia de 11 de agosto de 1998, a las 9:15H00 y con la cual fue notificada el 26 de los mismos mes y año. La Constitución y la justicia constitucional están sobre cualquier otra norma o disposición. Por última vez se requiere al Registrador de la Propiedad del Cantón Guayaquil para que en el término de tres días proceda a inscribir el auto en mención y bajo prevenciones de Ley”.

La Resolución N.º 180.95.CP emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales, a la cual se hace referencia, dice:

“A la arrogación de funciones de los antedichos conjuces, a la violación del derecho de propiedad y sienta el criterio de que esta resolución no interfiere con la independencia de Función Judicial ni con la administración de justicia, así como que los actos impugnados no son propiamente jurisdiccionales, sino administrativos y que no tendrán valor alguno los actos que estén en contradicción con la Constitución, que su efecto se retrotrae a las fechas en que fueron realizados los actos impugnados, esto es el acto de 5 de mayo de 1992 por el que se ordenó la remisión del proceso a la Sala de Conjuces y el acto de 11 de octubre de 1994, que nulito el proceso desde fojas 603 ordenando la cancelación de la inscripción del auto de adjudicación.[.] Se ordene a la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, la devolución del expediente del juicio No. 190-87 al Juzgado Séptimo de lo Civil del Guayas, la suspensión definitiva de los efectos del acto de 5 de mayo de 1992 y de 11 de octubre de 1994.[...]”².

Descripción del Caso

La petición de la Abg. **FADUA AUCAR DACCACH** se basa en que el 7 de junio de 1991 las 09H00, a través de la Jueza Séptima de lo Civil de Guayaquil, obtuvo auto definitivo de adjudicación y que consta de fojas 10, II y vuelta y que se lo protocolizó el 15 de junio de 1992 ante la Notaria Vigésima Novena de Guayaquil, mismo que se ejecutorió el día 18 de diciembre de 1991 a las 17H50 dentro del expediente N.º 0603-87; y, el auto de inscripción del 20 de julio de 1992 a las 09H10 dictado por el Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil en el expediente N.º 623-92 (juicio de negativa de inscripción) el cual se lo inscribió el 05 de agosto de 1992 en el Registro de la Propiedad de Guayaquil, de los siguientes inmuebles situados en Guayaquil:

1.- Un edificio situado en la Avenida 9 de Octubre N.º 1315 y Avenida Quito hasta la calle Hurtado.

² ...

2.- Una casa ubicada en la calle Lorenzo de Garaycoa N.º 1009 y calle Vélez.

Inmuebles que fueron adquiridos en juicio de remate de prenda N.º 603-87, mediante resolución del Juez Séptimo subrogante del Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, al respecto, en su resolución N.º 180-95-CP, establece la inconstitucionalidad de arrogación de funciones constante en el acto del 05 de mayo de 1992; y, cancelación de la inscripción del auto de adjudicación por parte de los conjuces de dicha Sala, de fecha 11 de octubre de 1994.

La Segunda Sala de la Corte Constitucional (ex Tribunal Constitucional) avoca conocimiento del recurso de apelación de lo resuelto por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que niega el recurso de amparo constitucional planteado por la accionante concerniente a la protección del derecho a la propiedad y al debido proceso. Segunda Sala que resuelve favorablemente a las pretensiones del accionante.

Petición Concreta

Sobre el tema en relación, la Abg. **FADUA AUCAR DACCACH** solicita a la Corte Constitucional:

1.- Disponer al funcionario demandado proceda a dar cumplimiento en forma irrestricta y sin evasivas o dilatorias lo que fue materia de las indicadas resoluciones;

2.- Considerarlo como reo de incumplimiento de las aludidas disposiciones o resoluciones para los fines legales pertinentes;

3.- Imponer la sanción de destitución por desacato y rebeldía maliciosa y temeraria a las normas de derecho público;

4.- Disponer que un Registrador Alterno se encargue de cumplir con las referidas resoluciones, dejando sin efecto la ilegal y arbitraria cancelación de inscripción del registro inmobiliario de los mencionados inmuebles y proceder con la inscripción de la adjudicación del remate referido; y,

5.- Condenar al funcionario el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados a la actora así como el pago de los honorarios de sus respectivos abogados patrocinadores.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre las **ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES**, en éste caso, contenida en el artículo 436, numeral 9 de la Constitución de la República y artículos 82, 83 Y 84 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, pues la Corte Constitucional debe pronunciarse, a petición de parte, sobre el INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

...

Bloque de Constitucionalidad

Los preceptos constitucionales buscan un raciocinio entre los derechos constitucionales y los Derechos Humanos inherentes en el contorno internacional, relacionados en el bloque de constitucionalidad. *“Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”*³. El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución⁴. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a

³ ...

⁴ ...

LOS RECURSOS JURÍDICOS INTERNOS Y SU EFECTIVIDAD

la Constitución, *ya que otras disposiciones y principios*⁵ pueden tener relevancia para decidir esos asuntos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el Art. 25⁶ señala: “Que se reconoce el derecho de toda personas a un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes”. De igual manera, el artículo 1.1 de la misma Convención establece:

*“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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

Por su parte, la Corte Interamericana, en sentencias vinculantes, ha determinado una jurisprudencia sobre la necesidad de garantizar la eficacia de las sentencias, señalando que a más de la existencia formal de los recursos, éstos deben tener efectividad, es decir, se deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención⁷.

La Corte Interamericana resalta: *“los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”*⁸. Sin embargo, hay que tener presente que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Lo que se pretende es, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.

⁵ ...

⁶ Artículo 25. Protección Judicial, Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷ Sentencia de la Corte Interamericana.

⁸ Sentencia de la Corte Interamericana. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

“La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”⁹.

La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho *“de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley”¹⁰*, abarcando también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.

Los procesos constitucionales tienen una doble perspectiva: una subjetiva brindando una protección de derechos constitucionales; y, otra objetiva, en la medida en que los procesos constitucionales constituyen una defensa de la supremacía normativa de la Constitución. En relación con el caso que nos ocupa. El Estado cumple con su función de proteger los derechos de las personas, deber primordial del Estado. La Corte Constitucional no solo llega a desvirtuar los posibles obstáculos en un inicio, sino también los posteriores, aquellos presentados por un desacato, un desafío.

Principio de Legalidad

Es evidente que la Constitución ecuatoriana vigente, respetuosa de todas las dimensiones de la dignidad individual y colectiva, identifica al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, Social, Democrático, respetuoso de la soberanía que radica en el pueblo, cuya voluntad se funda en la autoridad que se ejerce a través de los órganos del poder público: *“Las instituciones del Estado, sus organismos y depen-*

⁹ Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Baena Ricardo y otros. Competencia., supra nota 7, párr. 73. Citada por Sentencia de fecha 7 de febrero de 2006 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 217.

¹⁰ ...

dencias y los servidores o servidoras públicas y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley” (negrillas nuestras). Esta disposición legal es el reflejo del principio de limitación positiva de las competencias, que debe ser cumplido por los funcionarios públicos, en beneficio de los administrados. En la norma transcrita, no sólo se limita el legislador a señalar que el funcionario público está obligado a cumplir lo que le manda la Constitución y la Ley, sino que llega más lejos en su alcance y dispone que los organismos del Estado tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. En lo medular, el Registrador de la Propiedad de Guayaquil, Abg. Carlos Fernando Tamayo Rigail, no acata las disposiciones emanadas en primer lugar por el Juzgado Sexto de lo Civil, concerniente al auto de inscripción de adjudicación del 20 de julio de 1992, posteriormente a la resolución emanada por el ex Tribunal Constitucional el 07 de mayo de 1998 a las 09H00, Caso N.º 29-98-RA, esto es, a que se dé fiel cumplimiento a lo resuelto por la Sala Constitucional. El Registrador no tiene presente lo estipulado en la Ley de Registro, Art. 53.- ***El Registrador no cancelará la inscripción sino a solicitud de parte o por orden judicial:*** pero en las inscripciones anteriores estará obligado a poner de oficio una nota de referencia a las posteriores que versen sobre el mismo inmueble. Pese a todo lo estipulado, el Registrador emite la Resolución N.º 0007993 con antecedentes de la matrícula inmobiliaria¹¹, irrespetando el Art. 11 de la Ley de Registro **que** dice: Son deberes y atribuciones del Registrador: ***a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley.***

Propiedad Privada

La propiedad es un derecho reconocido no solo por nuestra constitución, sino también por los sistemas jurídicos internacionales, así el caso de la Convención Internacional de los dere-

¹¹ ...

chos Humanos consagra el derecho y la vez la garantía de que ninguna persona será privada de su propiedad arbitrariamente, *“Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es suyo; y por ello, la ha convertido en propiedad suya. Habiendo sido él quien la ha apartado de la condición común en que la naturaleza colocó esa cosa, ha agregado a esta, mediante su esfuerzo, algo que excluye de ella el derecho común de los demás.”*¹²

De igual manera, la Declaración sobre el derecho al Desarrollo adoptó medidas en las que los Estados miembros reconocen las diferentes formas legales de propiedad, entre ellas, la privada. La propiedad debe acatar los parámetros de tipo ético, moral y social, sin tener que ser abusada por servidores públicos al extremo de tener que abusar de ella, sin observar, de ninguna manera, los derechos ajenos afectados con su proceder, fuente de desordenes sociales.¹³

En el presente caso, se evidencia violación de este derecho al existir una ilegal y arbitraria cancelación de inscripción del Registro inmobiliario de los inmuebles en cuestión, por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil, Abg. Carlos Fernando Tarnayo Rigail.

En este sentido, la resolución expedida por el ex Tribunal Constitucional Caso N.º 29-98-RA del 07 de mayo de 1998 a las 09H00, debe ser cumplida en su integridad por el inferior. En tal virtud, se debe exigir el cumplimiento del ordenamiento constitucional acorde a los preceptos constitucionales del Art. 86 numeral 4, que señala: *“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores o servidoras públicas, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar [...]”*.

Es importante tener presente que la Corte Constitucional **es el máximo órgano** de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; ejerce jurisdicción nacional. En tal virtud, cambia el paradigma de resolución

¹² ...

¹³ ...

(acto mediante el cual se resuelven las peticiones de las partes, o se autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas) a sentencia (acto que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica así como formular órdenes y prohibiciones). Sin embargo, el ex Tribunal Constitucional emitía resoluciones jurisdiccionales de carácter obligatorio, como lo son ahora las sentencias.

El artículo 86, numeral 4 de la Constitución establece que *“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidores o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”*.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición expide la siguiente

SENTENCIA:

1. Aceptar parcialmente la demanda propuesta por la Abogada Fadia Aucar Daccach declarando el incumplimiento de la Resolución Constitucional N.º 29-98-RA del 07 de mayo de 1998 a las 09H00, por parte del señor Registrador de la Propiedad de Guayaquil.

2. Ordenar que el Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil, Abogado Carlos Fernando Tamayo Rigail, en el término de tres días contados a partir de la publicación de la presente sentencia en el Registro Oficial, cumpla con lo dispuesto por el Ex Tribunal Constitucional mediante Resolución N.O 29-98-RA del 7 de mayo de 1998, e informe a este organismo de dicho cumplimiento una vez fenecido el término concedido, bajo

prevención de destitución conforme a lo prescrito en el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador.-

3. Notificar al Consejo de la Judicatura con la presente sentencia para los efectos señalados en el numeral que antecede.-

4. Notifíquese, Publíquese y Cúmplase.

...

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN
NO ES ABSOLUTO FRENTE A LOS DERECHOS
A LA INTIMIDAD, AL HONOR
Y A LA PROPIA IMAGEN

Sinopsis: La presente decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del segundo y tercer incisos del artículo 191 del Código Penal salvadoreño. Dichas disposiciones establecen que no son punibles los “juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional o conceptos desfavorables” que sean expresados por cualquier medio por particulares en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, siempre que no se demuestre un ánimo calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona. Asimismo, señalan que tampoco son punibles dichos juicios o conceptos desfavorables cuando sean difundidos por “quienes ejerzan el periodismo” en medios escritos, radiales, televisivos e informáticos, “en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información”, y que no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal los medios de comunicación y las personas asociadas con los mismos (propietarios, directores, editores y gerentes de programas), en los cuales se publiquen dichos juicios o conceptos desfavorables. De acuerdo a lo alegado, tales disposiciones establecen un tratamiento privilegiado a favor de las personas que ejercen el periodismo así como a las personas asociadas con los medios de comunicación, lo cual es contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución. Asimismo, en la acción de inconstitucionalidad también se arguyó que dichas normas privilegian el derecho a la libertad de expresión por sobre los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en contravención de lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos que obligan a

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

los Estados a proteger la honra y la reputación de las personas contra ataques e injerencias.

De acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Constitucional, el problema jurídico planteado consistía básicamente en determinar si, en la medida en que la disposición impugnada despenaliza la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios, se viola la norma que establece la responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión o de información, concretamente cuando se afectan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Lo anterior, dado que supone un trato diferenciado no justificado respecto a los particulares que podría generar una violación al principio de igualdad y a la necesaria prevalencia de los derechos reconocidos en tratados internacionales sobre las leyes internas, en la medida en que los derechos afectados se encuentran reconocidos por éstos.

Con respecto a la primera parte de la norma bajo estudio, la Sala de lo Constitucional consideró que tal disposición establecía “un límite al ejercicio a la libertad de expresión”, puesto que éste no era absoluto, como había sido afirmado por la Corte Interamericana. Asimismo, estimó que el segundo inciso de la norma, que despenaliza las críticas políticas y opiniones desfavorables emitidas por periodistas en cumplimiento de su deber de informar, debía interpretarse de manera tal que no se excluyera la responsabilidad penal de los periodistas en caso de que actuaran con un propósito calumnioso o injurioso, puesto que la penalización por la afectación deliberada de derechos constitucionales de terceros “debe operar en todos los casos y para todas las personas por igual”. Consideró que dicha disposición, aunque es ambigua, permitía esta interpretación al hacer referencia al inciso anterior, en el cual se establecía tal supuesto para todos los particulares. En ese mismo sentido, haciendo uso de criterios establecidos por la Corte Interamericana, indicó que las libertades de expresión y de información no son justiciables ni punibles a menos que se actúe con dolo, es decir, con “intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente”. Asimismo, la Sala estimó que la redacción del segundo inciso de la disposición impugnada buscaba, a la vez, proteger la función periodística, lo cual también es una obligación constitucional y una función social determinante para la democracia, como lo ha establecido la Corte Interamericana, por lo cual las posibles

afectaciones a los derechos fundamentales de los demás debían ser resueltas en el caso concreto.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional consideró que el tercer inciso de la disposición impugnada era inconstitucional en la medida en que excluía de cualquier tipo de responsabilidad penal a una categoría de personas, específicamente, a aquéllas relacionadas con los medios de comunicación (propietarios, directores, editores o gerentes de programas), aún cuando actuaran con ánimo calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o la propia imagen, permitiendo así un ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información. La Sala consideró que dicha disposición era inconstitucional, entre otros, porque las normas internacionales ordenan a los Estados proteger legalmente los derechos a la vida privada y familiar, y a la honra, de todo ataque proveniente de particulares, “con independencia de la condición personal de éstos”. La Sala estimó que la citada disposición realizaba “una exclusión de responsabilidad penal absoluta y en abstracto, sin permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto”. Asimismo, determinó que la exclusión absoluta de responsabilidad penal a favor de una categoría específica de personas violaba el principio de igualdad ante la ley, ya que no era un medio idóneo para proteger la libertad de expresión e información puesto que podía llevar a la desnaturalización de dichas libertades. Igualmente, consideró que la desprotección a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen que dicha despenalización implicaba era desproporcionada.

En su análisis, la Sala de lo Constitucional se remitió, entre otros, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Claude Reyes vs. Chile*, *Tristán Donoso vs. Panamá*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Palamara Iribarne vs. Chile*, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *Kimel vs. Argentina*, e *Ivcher Bronstein vs. Perú*.

La sentencia se encuentra acompañada de un voto discordante.

THE EXERCISE OF THE RIGHTS TO FREEDOM
OF EXPRESSION AND INFORMATION
IS NOT ABSOLUTE AGAINST THE RIGHTS
TO PRIVACY, HONOR, AND ONE'S OWN IMAGE

Synopsis: *The instant judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of El Salvador deals with a constitutional motion filed against the second and third subparagraph of section 191 of the Criminal Code of El Salvador. Said norm provides that “unfavorable opinions in the form of political, literary, artistic, historical, scientific, religious, or professional criticism, or unfavorable ideas” expressed by individuals via any medium in exercise of the right to freedom of expression, are not punishable provided that the way in which they are made is not intentionally libelous or slanderous intent or an attempt to attack the privacy or reputation of a person. Likewise, said norms provide that also not punishable are those unfavorable opinions in the form of political, literary, artistic, historical, scientific, religious, or professional criticism, or unfavorable ideas expressed or circulated by “journalists” through any notes published in print, broadcast, and electronic media” in the exercise of their duty to inform the public by virtue of the right to information”; and that the media or the persons related to it (owners, directors, editors or shows’ managers) shall not incur in criminal liability for the publication of said opinions or ideas. According to the allegations, said norms provide a preferential treatment to journalists, as well as people related to the media, which the petitioner considered is contrary to the principle of equality embodied in the Constitution. Likewise, in the constitutional motion it was alleged that said norms favor the right to freedom of expression over the right to have one’s honor respected and the right to personal and family privacy, in violation of the provisions established in international human rights treaties that bind States to*

protect the individual's honor and reputation against attacks or interferences.

According to the decision of the Constitutional Chamber, the legal issue raised in this case basically consisted in determining whether, insofar as the appealed norm decriminalizes the political criticism expressed by journalists or media owners, there is a violation of the norm that attributes criminal responsibility for the abusive or illegitimate exercise of the freedoms of expression and information, especially when the right to have one's honor respected, right to personal and family privacy and right to a self-image are being affected. All of which entails a differentiated and unjustified treatment to private individuals, which may constitute a violation of the principle of equality and the necessary predominance of the rights enshrined in international treaties over domestic laws, so long as the violated rights are embodied in such treaties.

Regarding the first part of the norm under study, the Constitutional Chamber considered that said provision established "a restriction to the exercise of the freedom of expression", given that such exercise is not absolute, as the Inter-American Court has held. Likewise, it deemed that the second subparagraph of the norm, which decriminalizes political criticism and unfavorable opinions made by journalists in the exercise of their right to inform, must be interpreted in such a way so as not to exclude the criminal responsibility of journalists if they acted in a libelous or slanderous manner, since the decriminalization based on the deliberate violation of the constitutional rights of third parties "must be applied to every case and to every person equally". It considered that said provision, though it is ambiguous, led to such interpretation since it made reference to the previous subparagraph, in which it established the case for all private individuals. To this end, based on the criteria adopted by the Inter-American Court, it indicated that the freedoms of expression and of information are not punishable unless the person acts with malice, "with a manifest intent to cause damage to the rights protected in the constitution". Moreover, the Chamber deemed that the purpose of the wording of the second subparagraph of the provision so contested was to protect the role of the journalist, which is also a constitutional obligation and its role is important in a democracy as established by the Inter-American

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

Court, given that the possible violation of the fundamental rights of private individuals “shall be solved in the specific case”.

Furthermore, the Constitutional Chamber considered that the third subparagraph of the contested provision was unconstitutional, insofar as it excluded a category of persons (specifically those related to the media: owners, directors, editors or shows’ managers) from any kind of criminal responsibility, even if their actions were intentionally libelous or slanderous or an attempt to attack the privacy or reputation of a person, allowing the abusive or illegitimate exercise of the freedom of expression and information. The Chamber considered that said provision was unconstitutional, among others, since the international norms bind States to legally protect the rights to a personal and family life and the right to have one’s honor respected from any attack carried out by a private individual, “independently from his position or function”. Said Tribunal deemed that the provision contained “an absolute exclusion of criminal responsibility, without allowing making a comparison and analysis of the particular circumstances in each specific case”. Moreover, when analyzing said provision, the Chamber determined that the absolute exclusion of criminal responsibility in favor of a specific category of persons violated the principle of equality before the law, insofar as it was not a suitable means to protect the freedom of expression and information, given that it could lead to a denaturalization of said freedoms. Likewise, it considered that the lack of protection of the rights to privacy, honor and a self-image implied by said depenalization was disproportionate.

In its analysis the Constitutional Chamber referred, among others, to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the cases Claude Reyes V. Chile, Tristán Donoso v. Panama, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Palamara Iribarne vs. Chile, Usón Ramírez v. Venezuela, Kimel V. Argentina, and Ivcher Bronstein v. Peru.

Dissenting opinion in judgment.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONSTITUCIONAL
EL SALVADOR

PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD 91-2007
PROMOVIDO POR ROBERTO BUKELE SIMÁN
24 DE SEPTIEMBRE DE 2010

...

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Roberto Bukele Simán, [...], a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad del *art. 191 incs. 2° y 3° del Código Penal (C. Pn.)*, ... por los supuestos vicios de contenido consistentes en violación a los arts. 2, 3, 6 y 144 de la Constitución (Cn.).

La disposición impugnada establece:

C—digo Penal.

“Art. 191.-

No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio del derecho de la Libertad de Expresión [*sic*], siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

De igual manera, no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general,

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función.

En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos antes expresados, ni los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso”.

En la presente sentencia se utilizarán las siguientes siglas: DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos; DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; CrIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Han intervenido en el proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

I. El ciudadano Bukele Simán fundamentó su pretensión de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos:

A. La disposición impugnada otorga tratamiento privilegiado a las personas que ejercen el periodismo, así como a los propietarios, directores, editores y gerentes de programas y medios de comunicación, en la responsabilidad penal por actos que afectan al honor, la intimidad o la propia imagen de los ciudadanos; lo cual es contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn., pues se trata de una diferenciación arbitraria.

B. El art. 6 Cn. resultaría igualmente vulnerado, pues, al amparo de tal disposición, los que ejercen el periodismo o gestión de los medios informativos pueden expresar o difundir noticias, [...] con un propósito calumnioso, injurioso o de menoscabar el honor o la intimidad de las personas; lo cual supone darle mayor importancia al derecho a la libre expresión, el cual

está limitado por otros derechos relativos a la personalidad. [...]

C. Por lo anterior, se dejarían en desprotección los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar [...].

D. Además, la disposición impugnada contradice lo prescrito en el art. 144 Cn., al pretender “modificar” y “derogar” los arts. 3 y 19 de la DUDH, 17, 19 y 49 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH, que obligan a los Estados a proteger legalmente la honra y la reputación de las personas de ataques o injerencias.

Por las razones anteriores, *concluyó solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 191 incs. 2º y 3º del C. Pn.*

2. [...] esta Sala admitió la demanda y circunscribió el examen a la supuesta violación de los incs. 2º y 3º del art. 191 del C. Pn. a los arts.: (i) 2 Cn., en cuanto al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; (ii) 3 Cn., en lo relativo al principio de igualdad en la formulación de la ley; (iii) 6 Cn., en lo que respecta al principio de responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho a la difusión del pensamiento; y (iv) 144 Cn., en cuanto a la prevalencia —en este caso— de los arts. 17 y 19 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH sobre la normativa secundaria.

3. La Asamblea Legislativa rindió el informe que establece el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.) en los siguientes términos:

A. El art. 191 incs. 2º y 3º del C. Pn. no contradice los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en vista de que la libertad de pensamiento y expresión desarrollada por los medios de comunicación social —que aquél protege— juega un rol esencial en el sistema democrático. [...]

Y es que —agregó— en los casos regulados en la referida disposición no existe la “conciencia” de injuriar (el “*animus injuriandi*”); dándose prevalencia al fin de expresar e informar y, aún, de criticar —instrumentos esenciales en la nueva etapa democrática—.

B. Respecto a la supuesta violación al art. 3 Cn., manifestó que el referido “privilegio” de los informadores respecto al ciudadano común no puede ser considerado un tratamiento desi-

gual carente de razón suficiente, ya que se está ante situaciones diferentes.

C. Tampoco —sostuvo— existe violación al art. 6 Cn., pues éste no ampara los actos que subvierten el orden público ni los que lesionan la vida privada de los demás. Para tales casos existen los delitos de calumnia e injurias, cometidas por particulares.

D. [...]

Por las razones anteriores, *el órgano emisor de la disposición impugnada concluyó solicitando que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

4. El Fiscal General de la República en funciones emitió su opinión, requerida de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., en los siguientes términos:

A. Estamos en presencia de una colisión entre dos derechos fundamentales, que son igualmente dignos de protección ...

B. Desde la anterior perspectiva —razonó—, la disposición impugnada no violenta el art. 3 Cn., pues sólo reglamenta límites a dos derechos fundamentales. Tampoco contradice al art. 6 Cn., ya que la libre expresión es uno de los más “esenciales” derechos. ... De igual manera, no existe la violación al art. 144 Cn., basada en un supuesto principio constitucional de “jerarquía normativa” ...

Concluyó afirmando que, cuando entran en conflicto los referidos derechos fundamentales, debe comprobarse si la libertad de expresión tiene una proyección social que la haga prevalecer sobre los “bienes” de carácter individual. ...

Por las razones anteriores, el entonces titular de la Fiscalía *solicitó que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

5. ...

II. Expuesto el contenido básico de la demanda y del informe justificativo de la Asamblea Legislativa, así como la opinión del Fiscal General de la República, ... y previo a entrar a resolver el fondo de la pretensión planteada, se precisarán las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control

(1) y, luego, se señalará el orden lógico en el que se fundamentará esta decisión (2).

1. Aunque ... se delimitó el parámetro de control a los arts. 2, 3, 6 y 144 Cn., teniendo en cuenta los argumentos del actor y a fin de emitir un pronunciamiento congruente con los mismos, es necesario precisar dicho parámetro, especificando los incisos y párrafos con los que se efectuará el contraste internormativo. Así, se analizará la supuesta violación que el art. 191 incs. 2° y 3° del C. Pn. provocaría a los siguientes artículos: (i) 2 *inc.* 2° (derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), 3 *inc.* 1° (principio de igualdad en la formulación de la ley), 6 *inc.* 1° (responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información), y 144 *inc.* 2° en relación con los arts. 17 y 19 *párrafo 3 letra "a"* del PIDCP, y 11, 13 *párrafo 2 letra "a"* y 14 *párrafo 3* de la CADH-(prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas), todos de la Cn.

2. A fin de resolver la cuestión de fondo planteada, se observará el siguiente orden: en primer lugar, se expondrán consideraciones sobre el contenido de las libertades de expresión e información (III); luego se hará referencia a los derechos fundamentales con los que aquéllas pueden entrar en conflicto: los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen (IV); y por último se reseñarán algunas nociones de teoría de los derechos fundamentales, útiles para la resolución del presente caso, específicamente en lo relativo a la colisión entre ellos (V). Establecido dicho marco conceptual, se efectuarán algunas precisiones sobre el parámetro y el objeto de control (VI), para luego pasar a estudiar la confrontación internormativa planteada y dictar el fallo que constitucionalmente corresponda (VII), aclarándose algunos aspectos del mismo (VIII).

III. En este Considerando se delimitará el contenido de las libertades de expresión e información. Para ello, se comenzará haciendo algunas consideraciones comunes a los dos derechos mencionados (1); luego se verá en específico la libertad de expresión (2 A), y la libertad de información (2 B); se señalarán

las diferencias entre ambas (2 C), y por último, se hará referencia al pluralismo de las fuentes informativas (3).

1. Es indudable la función esencial que desempeñan las libertades de expresión e información en una sociedad democrática, pues la crítica al poder —entendida como cuestionamiento de las políticas públicas (económica, ambiental, educativa, de seguridad, exterior, etc.) y medidas estatales concretas (actos de la Administración Pública o decisiones judiciales)—, con el consiguiente planteamiento de alternativas, facilita que, en un proceso de ensayo y error, se busquen y encuentren las más adecuadas políticas y medidas que satisfagan las necesidades de los individuos o de la colectividad.

A partir de esa premisa se infiere, en primer lugar, que *el fin inmediato buscado por la Constitución, al garantizar las libertades de expresión e información, es generar una opinión pública libre en la que se discutan —tan intensamente como sea posible— los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública que los ciudadanos apoyan o proponen modificar*. Por ello, tales derechos también son el presupuesto de los derechos de participación: sufragio activo y pasivo y asociación política.

Pero es que, además, dejando de lado la función estrictamente política de las libertades de expresión e información, no puede ignorarse que estos derechos han acompañado siempre a las sociedades libres, plurales y abiertas, donde el conocimiento se adquiere y transmite de manera libre y no se considera nunca como algo fijo, sino sujeto a revisiones, matizaciones y actualizaciones.

...

La CrIDH en este sentido ha afirmando que, “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es

posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.” (Opinión Consultiva 0C-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Párr. 70). Asimismo, ha expresado que, “la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales y facilita el discurso político, central para los valores democráticos” (Caso Ivcher Bronstein vrs. Perú, párr. 143).

Por lo anterior, tanto la libertad de expresión como la de información se consideran componentes esenciales del gobierno democrático y representativo. Pero además, gracias a dichas libertades, el individuo se realiza, en la medida en que le permiten expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante, en la búsqueda de la verdad, y con ello manifestar su carácter racional.

En tal sentido, no cabe duda de que ambos derechos son manifestaciones de los valores que fundamentan los derechos del individuo: libertad, igualdad y, especialmente, dignidad, y por ello, lo expresado merece protección, incluso, cuando *prima facie* no se pueda calificar como de incidencia política (por ejemplo, ciertas creaciones artísticas), o lo informado no se refiera a la cosa pública. Privar al individuo del derecho de comunicarse libremente sería una limitación incongruente con su reconocimiento como miembro racional de la comunidad humana, pues le condena al aislamiento y al empobrecimiento intelectual y moral por la ausencia de debate y el flujo de las ideas.

En una línea jurisprudencial ... se ha sostenido, respecto del doble carácter de los derechos fundamentales, que en el *plano subjetivo* los mismos actúan como garantías de la libertad individual, mientras que en el *plano objetivo* asumen una dimensión institucional y operan como elementos estructurales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En tal sentido, *las libertades de expresión e información son, desde la perspectiva subjetiva, manifestaciones de la dignidad, libertad e igualdad de la persona humana, es decir, derechos fundamentales que integran, junto con otros derechos, el núcleo básico del estatus jurídico de la persona humana; mientras que,*

en su dimensión objetiva, son elementos estructurales de la democracia, del orden jurídico establecido en la Constitución.

2. La Constitución salvadoreña establece en su art. 6 inc. 1º que: “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos...”. Esta disposición constitucional estatuye expresamente el derecho fundamental a la libertad de expresión, pero a ella se adscribe también el derecho fundamental a la libertad de información. En tal sentido, en la Sentencia de 14-II1997, Inc. 15-96, Considerando XVI 1, se dijo que: “La libertad de expresión y difusión del pensamiento no se limita a la exteriorización de los propios argumentos, sino que —sobre todo en el mundo contemporáneo— se extiende a lo que clásicamente se denomina *libertad de prensa*, y que en paridad jurídica, desde un plano subjetivo, constituye el *derecho de información*”.

La función que ambos derechos desempeñan, es decir, *la formación de una opinión pública libre*, explica que en muchos ordenamientos nacionales e internacionales se positivizan en una sola disposición.

Por otro lado, en general, tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano, es más usual utilizar el término “libertad de expresión” para referirse a ambos derechos: tanto al de la simple expresión, como al que ya envuelve el aspecto de la información. Es decir, se utiliza el término aludido en un sentido amplio, abarcando los dos aspectos aludidos. Sin embargo —como se verá—, el que una conducta se considere realizada en ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información tiene consecuencias relevantes. Por ello, lo más acertado es que, a pesar de su común función, no sólo se distingan conceptualmente ambos derechos, sino que esto, además, se acompañe de una distinción terminológica.

A. En su formulación más sencilla y clara, *la libertad de expresión es el derecho de toda persona a emitir, sin interferencia indebida del Estado o de los particulares, ideas, opiniones y juicios, ya sea de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio*. A este concepto, sin embargo, conviene hacerle algunas precisiones:

a. En primer lugar, como se puede fácilmente deducir, la libertad de expresión tiene por objeto básicamente *opiniones*, o sea, las manifestaciones de un individuo, fruto de un proceso intelectual consistente en la percepción a través de los sentidos de ciertos hechos, a lo que sigue una deliberación interna, para culminar en una valoración racional de esos hechos.

b. En segundo lugar, la libertad de expresión implica el derecho de investigar o buscar, recibir (derecho de acceso a la información de interés público) y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro medio o procedimiento. Así se reconoce en el ámbito internacional, por ejemplo, en el art. 19 de la DUDH; en el art. 19.2 del PIDCP; y en el art. 13 de la CADH.

Para la CrIDH, la libertad de expresión, “como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.” (Caso Olmedo Bustos y otros vrs. Chile, párr. 68).

c. En tercer lugar, que la libertad en cuestión no sólo es un *derecho de libertad*, es decir, que se satisfaga con la mera abstención de los poderes públicos de interferir en su ejercicio, sino que también es un *derecho a acciones positivas del Estado*, en la medida en que, por ejemplo, el Estado debe expedir leyes para su mayor eficacia o protección (tales como las leyes relativas a la prensa, al derecho de acceso a la información, al espectro televisivo, a los espectáculos públicos, etc.), y llevar adelante una verdadera política de apertura al pluralismo de los medios radiales, escritos, televisivos e informáticos, para que los ciudadanos tengan acceso efectivo a fuentes alternativas de información.

d. En último y cuarto lugar, que la libertad de expresión no sólo debe proteger las expresiones lingüísticas, sino que su ámbito de protección *debe extenderse*, con las matizaciones correspondientes, a gestos, signos, dibujos, símbolos, e incluso a determinadas acciones u omisiones, en la medida en que contribuyan a la función a la que el derecho está orientado.

B. Por su parte, la libertad de información, en el marco de la función general a la que se ha hecho referencia anteriormente, pretende asegurar *la publicación o divulgación, con respeto objetivo a la verdad, de hechos con relevancia pæblica, que permitan a las personas conocer la situación en la que se desarrolla su existencia, de manera que, en cuanto miembros de la colectividad, puedan tomar decisiones libres, debidamente informados*. Esta noción también requiere algunas precisiones:

a. Que en la libertad de información la *dimensión objetiva*—que se funda en la convicción de que los seres humanos, para ser verdaderamente libres, han de vencer la desinformación—se presenta de manera más acentuada, ya que, para ejercer sus demás derechos, el individuo tiene que conocer la realidad que lo rodea.

b. Como fácilmente se observa, esta libertad tiene por objeto *hechos*, es decir, algo que sucede, que es real y verdadero. Entonces, los hechos pertenecen a la realidad exterior al individuo y son captados por éste a través de sus sentidos. Además, tales hechos deben poseer *relevancia pæblica*, o sea hechos que, en la medida en que son importantes para la vida en común, condicionan la participación de los individuos en la sociedad democrática y posibilitan el ejercicio efectivo de otros derechos.

c. Esta libertad, al igual que la de expresión, especialmente también comprende el derecho a *recibir* informaciones. En este caso, la posición del receptor es singularmente importante debido a su objeto, que son hechos dotados de trascendencia pública, necesarios para la real participación de los ciudadanos en la vida colectiva. En esa medida, existe un interés de los ciudadanos, en tanto que miembros de la sociedad, en conocer tales hechos. Por ello, incluso, se afirma que el verdadero titular del interés jurídicamente protegido por esta libertad es el receptor de la información.

d. La libertad de información, al igual que la de expresión, no es sólo un *derecho de libertad*, sino también un *derecho a acciones positivas del Estado*.

C. Finalmente, debe puntualizarse las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información, que básicamente giran en torno al *objeto* de uno y otro derecho.

a. La libertad de expresión, como se ha dicho, recae en ideas, opiniones y juicios, los cuales no aspiran en principio a afirmar datos objetivos. En ese sentido, se podrá predicar de ellas su justicia o injusticia, pertinencia o impertinencia, carácter agravante o no, pero nunca su verdad o falsedad. En otras palabras, *las opiniones, abstractas por naturaleza, no se prestan en principio para la demostración de su exactitud.*

La libertad de información, por su parte, recae en hechos, los cuales, en la medida en que pertenecen a la realidad descriptible, externa al sujeto, sí son susceptibles de ser sometidos a comprobación empírica. Por eso, los hechos, en tanto que verdaderos, son individualizables, irrepetibles e históricos.

En El Salvador, la libertad de información *se ha adscrito por vía de interpretación constitucional* a la disposición que estatuye la libertad de expresión —el art. 6 inc. 1° Cn.—. Sin embargo, dichas libertades, a pesar de su estrecha conexión, son *derechos autónomos*, ya que protegen mensajes de distinta naturaleza: mientras que la libertad de expresión tutela mensajes en buena medida *subjetivos*, la libertad de información tutela mensajes principalmente *factuales*. Por tal razón, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no está condicionado a la verdad. En cambio, el ejercicio legítimo de la libertad de información sí está condicionado por el respeto a la verdad.

Ahora bien, conviene aclarar desde ya que, al hablar de “verdad” como requisito de la libertad de información, no se trata de la “verdad material”, pues ello obviamente desalentaría cualquier ejercicio de la libertad de información, ante la imposibilidad o el riesgo de no poder probar posteriormente una afirmación. *Según lo interpreta esta Sala, lo único que se prohíbe es el ejercicio de la libertad de información con conocimiento de la falsedad del hecho o con un temerario desprecio a la verdad, entendiendo por veracidad la verificación y contrastación de las fuentes de información; fuentes que gozan de protección en una sociedad democrática.*

b. Aunque es cierto que en la práctica, a veces, puede ser difícil diferenciar hechos y opiniones, ello no justifica la confusión entre las libertades analizadas. Es decir, que no se pueda establecer una frontera precisa no significa que la frontera no exista. Y es que en ningún momento se sostiene que la exposición de hechos vaya a ser absolutamente imparcial y objetiva; no cabe duda que el sujeto emisor siempre analiza tales hechos desde sus propias valoraciones. Pero de eso a confundir los hechos con afirmaciones que si son esencialmente subjetivas (las opiniones) hay una gran distancia. Es decir, *la Constitución protege la manifestación de hechos, pero no pretende prohibir que el sujeto, al transmitirlos, los afecte subjetivamente en alguna medida.*

c. Por último, es pertinente mencionar que alguna doctrina, aunque no confunde las libertades de expresión e información, las diferencia por *el sujeto activo del derecho*. Según este criterio, los titulares de la libertad de expresión serían los particulares, mientras que los titulares de la libertad de información serían los periodistas y/o dueños de los medios de comunicación. Cabe adelantar que este es el criterio que ha seguido el legislador salvadoreño en el art. 191 del C. Pn.

Esta distinción es rechazable por las siguientes razones: En primer lugar, *la Constitución atribuye la libertad de información a “toda persona”, es decir, no hace distinción alguna.* Y es que, tratándose de derechos fundamentales, éstos como regla general son de titularidad universal. En segundo lugar, si se considera que sólo los periodistas y/o dueños de los medios son titulares de la libertad de información, se llegaría al paradójico, injusto y desigual resultado de que *los particulares, aunque transmitan hechos e informaciones (como se observa con los recientes desarrollos de las tecnologías de la información), nunca podrían alegar a su favor la veracidad; en cambio, los periodistas y/o dueños de medios, aunque sólo hayan emitido una opinión, podrían intentar justificar su conducta alegando la veracidad de lo expuesto.*

3. Dado que las libertades de expresión e información tienen como función la de formar una opinión pública libre, y que com-

prenden el derecho *a recibir* opiniones y hechos, respectivamente, *la pluralidad de fuentes informativas* contrapuestas y la apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos constituyen un requisito *sine qua non* de dichas libertades, pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, es decir, contribuyen a formar su opinión y Conocimiento, para su posterior manifestación o difusión.

Dicho pluralismo informativo debe ser entendido como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos (opiniones y hechos), a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los receptores que se encuentran entre los destinatarios de las libertades de expresión e información, no estarían en condiciones de ejercitar la libre elección entre tendencias diversas, sin que los intereses privados y los poderes públicos intenten sustituirlos en sus propias decisiones.

En ese sentido, las libertades de expresión e información implican evitar la concentración de medios de comunicación, entendiendo que aquélla se presenta cuando una persona o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerce una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e, incluso, de impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores. Por ello, es necesaria la regulación legal del Estado, debidamente justificada para lograr la preservación del pluralismo en la titularidad de medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación; todo lo anterior en el contexto de una sociedad democrática.

IV. Una vez delimitado el contenido de las libertades de expresión e información, se entrará a continuación a perfilar los derechos fundamentales con los que usualmente entran en conflicto: los derechos a la intimidad personal y familiar (1), al honor (2) y a la propia imagen (3), todos los cuales se encuentran expresamente reconocidos en el art. 2 inc. 2º Cn.

Tal como se expondrá, estamos ante derechos estrechamente relacionados, pero que conceptualmente se pueden diferenciar.

1. A. Para comprender el sentido actual de la “intimidad” —expresión que prefirió usar nuestro Constituyente— es preciso hacer una breve referencia al origen y evolución de dicha noción. Su origen se ubica en la época en que surgen todos los derechos de libertad o “derechos de primera generación”, período en el cual los seres humanos toman conciencia y se preocupan por su individualidad. Esa inquietud por proteger la interioridad se vio plasmada en las primeras declaraciones de derechos, propias del Estado Liberal.

En la actualidad, el derecho a la intimidad deja de ser una mera libertad —que se respeta con la abstención de los demás—, pasando a exigirle a su titular un papel activo —por ejemplo, el de tener el control de los datos personales a los que no desea que otros tengan acceso—, el cual a menudo es indispensable para que el individuo pueda mantener sus relaciones sociales y autonomía personal. Desde esta perspectiva, *la protección de la intimidad va orientada tanto al libre desarrollo de la propia personalidad como a la libre construcción y mantenimiento de relaciones y vínculos sociales.*

B. A fin de profundizar en el concepto de intimidad, cabe reseñar cierta postura que se puede calificar de “funcionalista”, la cual parte de que el interés protegido por la intimidad es el de limitar el acceso de extraños a la vida privada, individual y familiar, en el sentido más amplio. Desde esta perspectiva, el concepto de intimidad estaría integrado por tres elementos: el secreto, el anonimato y la soledad. La intimidad, entonces, se podría afectar por una alteración de cualquiera de dichos elementos.

Con base en lo anterior, se afirma que la intimidad cumple las siguientes *funciones*: (i) restringe el acceso físico de otros; (ii) promueve la libertad de actuar, en la medida en que protege al individuo de reacciones hostiles de los demás; (iii) contribuye al aprendizaje, creatividad y autonomía, al evitar que el individuo sea ridiculizado, censurado o recriminado; (iv) promueve la salud mental, ya que otorga a las personas un reduc-

to exento de las presiones sociales; (v) favorece la autonomía moral, que sólo se puede desarrollar plenamente en la esfera íntima del sujeto; (vi) fomenta las relaciones humanas, pues la intimidad es el punto de partida para su establecimiento y mantenimiento; y (vii) permite a los individuos decidir en qué cantidad y en qué circunstancias exponen sus datos personales.

C. Pues bien, se puede entender que la intimidad afecta dos esferas: (i) la *esfera íntima*, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. Como es natural, esta esfera debe gozar de la máxima protección legal; (ii) la *esfera privada*, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes, amigos y conocidos cercanos. Aquí evidentemente también debe existir tutela, aunque menos intensa que en el anterior ámbito. Pero una vez se ingresa al ámbito *social o público*, referido a las relaciones sociales de las personas, se cae fuera del campo del derecho a la intimidad.

En conclusión, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental estatuido directamente en el art. 2 inc. 2º Cn., del que son titulares todas las personas, consistente en la preservación de la esfera estrictamente interna y de la privada (que incluye a la familia) frente a intromisiones no consentidas del Estado o de otros particulares. Por lo tanto, la violación por excelencia —no la única—, en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de datos o informaciones comprendidas en dichas esferas.

2. Debemos diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al honor. Procede, en primer lugar, establecer el significado de éste y luego precisar sus diferencias con el derecho a la intimidad.

A. El derecho al honor por su misma naturaleza, que lo vincula a determinadas coordenadas históricas, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de describirlo, mantener viva esa maleabilidad social que lo caracteriza. Dicho de otra manera, su definición habrá de

considerar siempre las reglas culturales asumidas por el conjunto del cuerpo social. En ese sentido, incluso, se ha llegado a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

Es usual en la doctrina la distinción entre una *perspectiva subjetiva* y una *perspectiva objetiva* para definir el derecho en análisis...Desde la primera, el honor consiste en *el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma*. Desde la segunda, el honor consiste en *la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los otros*. Y es que —se dice, para fundamentar el derecho— todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad. Por ello se debe asegurar que toda persona en la sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas. En todo caso, no debe olvidarse que en cierto modo cada persona “construye” su honor ante los demás, a través de sus actuaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 417/09 de 26 de junio, párr 83-85).

En términos más concretos, podría decirse que el honor es el derecho fundamental de toda persona a no ser humillada ante sí o ante los demás. La afectación típica al honor se produce cuando un sujeto se expresa de otro despectivamente (insulto), o le atribuye una cualidad (ridiculización) que afectan su estimación propia o aprecio público.

La Constitución reconoce y garantiza en el art. 2 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. En él se establece que toda persona tiene derecho a la integridad moral, y se reconoce, además, la “indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Para la Constitución todas las personas son titulares de este derecho, y gozan de protección en toda circunstancia; lo cual implica que tienen derecho de estar protegidas contra cualquier ataque ilegal, arbitrario y abusivo, y sólo en casos de extrema necesidad y cuando exista un legítimo interés público o para proteger y garantizar otros derechos fundamentales, puede limitarse este derecho por disposición de la ley.

El derecho al honor es objeto de protección, tanto en lo que cada persona cree que vale frente a los demás, como respecto de lo que los demás consideran que vale una persona en términos morales. El contenido esencial de este derecho fundamental está conformado precisamente por la dignidad humana. De ahí la importancia clave que le otorga la Constitución en el marco del catálogo de los derechos fundamentales.

El derecho internacional convencional vigente en el país también reconoce el derecho al honor, la intimidad y la vida privada. El art. 11 de la CADH reconoce el derecho de protección a la honra y la dignidad, y al respecto establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” El PIDCP, en su art. 17 establece lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En la jurisprudencia del sistema interamericano, la CrIDH ha interpretado el art. 11 de la CADH en el sentido que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques.” Para la CrIDH, “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 57).

B. Aunque el derecho a la intimidad y el derecho al honor son próximos —ya que ambos se refieren a la personalidad—, no debe confundírseles, ya que se refieren a distintos momentos: mientras que el honor atañe a la participación del sujeto en la comunidad, la intimidad, contrariamente, persigue asegurar ciertas esferas de no participación en la vida social. En ese

sentido, cuando se viola la intimidad se afecta el ámbito de la personalidad que su titular ha decidido ocultar del conocimiento de los demás; en cambio, con el honor se busca evitar que la personalidad de dicho sujeto sea objeto de menosprecio.

Ahora bien, en la práctica, en un ataque al honor puede estar implícito un ataque a la intimidad y viceversa, pero es conveniente tratarlos por separado. La asimilación llevaría a consecuencias indeseadas. Por ejemplo, si se subordina la agresión a la intimidad a la del honor, la primera quedaría impune si no concurre el *animus injuriandi*. Asimismo, si se produce esa equiparación, una invocación de la *exceptio veritatis* (excepción de veracidad) dejaría sin castigo la violación a la intimidad.

Pero no siempre una violación del honor supone una violación de la intimidad. Por ejemplo, podría ocurrir que a una persona se le viole su honor a través de la imputación de ciertos datos que, empero, fueron obtenidos legítimamente o ya eran conocidos por muchas personas y, en ese sentido, no se apreciaría una vulneración a la intimidad. Y, de la misma manera, es posible apreciar atentados contra la intimidad de una persona sin menoscabo de su honor, pues cuando un sujeto revela sin autorización datos personales de otro puede perfectamente hacerlo sin formular un juicio adverso o proponerse un rebajamiento moral de su víctima.

3. Corresponde analizar el último de los derechos consagrados en el art. 2 inc. 2º Cn.: el derecho a la propia imagen.

A. Primeramente, por *imagen* debe entenderse la representación de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, en forma visible y reconocible. La importancia de la imagen radica en que, hasta cierto punto, es la primera pieza que compone la personalidad de cada uno, pues es el elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (Tribunal Constitucional Español, STC 231/1988 de 2 de diciembre).

A partir de ello, *el derecho a la propia imagen, por un lado, atribuye a su titular el derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que podría*

ser publicitada (aspecto positivo)... Y, por otro lado, el mismo derecho impide la obtención, reproducción o publicación no consentidas de la propia imagen por parte de terceros, independientemente de la finalidad que éstos persigan (aspecto negativo).

B. El derecho a la propia imagen protege la imagen *física* de la persona, no su “imagen social”, pues ésta se protege —como ya se vio— a través del derecho al honor. Por tanto, el derecho ahora analizado no pretende evitar que su titular sea objeto de menosprecio.

A su vez, se diferencia del derecho a la intimidad en que ésta —como se ha dicho— abarca todo lo que se quiere sustraer legítimamente del conocimiento público. Evidentemente, la propia imagen —al menos, el rostro— se expone inevitablemente a los demás. Así, pues, mientras que la intimidad tiene una dimensión interna, la propia imagen tiene una dimensión externa.

Asimismo, es importante precisar que el derecho a la propia imagen protege a su titular tanto en la vida privada como en la pública. En ese sentido, una imagen de una persona por el simple hecho de haber sido captada en un lugar público, no por ello permite su libre utilización. Es decir, en los espacios públicos se renuncia a la privacidad hasta cierto punto, pero no al derecho a la propia imagen.

V. Delimitados los derechos en juego en el presente caso —tanto los que se consideran violados como los que se pretenden proteger con la legislación impugnada—, se pasará ahora a hacer algunas consideraciones de la teoría de los derechos fundamentales, de utilidad para resolver la pretensión planteada.

1. A. *La* Constitución salvadoreña contiene una serie de disposiciones y normas sobre derechos fundamentales. Y es que, si toda disposición constitucional tiene valor normativo —lo que está fuera de toda discusión—, lo mismo habría que predicar de las disposiciones iusfundamentales.

Cuando hablamos de “norma de derecho fundamental” queremos significar que la disposición respectiva ordena, prohíbe o permite determinada conducta. Intersubjetivamente, estas normas entablan relaciones entre dos sujetos (particular-Estado o particular-particular), donde uno de ellos posee derechos (en

sentido amplio), y el otro correlativamente posee obligaciones (en sentido amplio).

B. Es importante señalar que el método de interpretación idóneo para resolver la colisión entre derechos fundamentales es la ponderación, que consiste en la determinación de, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico. Quiere decir que, en caso de conflicto de normas iusfundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse *en el caso concreto*, teniendo en cuenta las circunstancias de éste, cuál norma debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos futuros, a menos que sean idénticos.

De todo lo dicho se puede fácilmente colegir que *las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Sólo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables sí y sólo si éstas concurren.*

Admitido todo lo anterior, cabe afirmar que *los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de supralegalidad*. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico.

C. Entonces, los derechos fundamentales *siempre*, ante determinadas circunstancias, pueden ceder ante un derecho contrapuesto. De lo contrario, algunos derechos serían absolutos, o sea que todos los individuos tendrían título suficiente para ejercerlos en todas las condiciones, o dicho de otro modo, derechos que no tendrían concurrencia alguna de pretensiones competidoras.

Aunque una de las características histórica y usualmente atribuidas a los derechos fundamentales es la de un pretendido carácter absoluto, ello no obedece más que, por un lado, ese rasgo se atribuía a los derechos naturales (precedente histórico

de los derechos fundamentales), y por otro, por un uso coloquial del término “absoluto”, para resaltar su importancia, e incluso a un uso persuasivo o retórico del mismo. Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales contemporánea se rechaza casi unánimemente ese carácter. Más bien, se postula que son derechos *resistentes*; un calificativo que admite graduaciones por parte del Derecho positivo.

Por lo tanto, el titular de un derecho fundamental lo puede ejercer *en principio*, es decir, sólo si no es superado por el ejercicio de ese o de otro derecho por parte de otro u otros individuos. Esto permite entender un conflicto de derechos fundamentales como la situación en la cual no pueden ser satisfechos simultáneamente dos de ellos o en la que el ejercicio de uno de ellos conlleva la limitación del otro.

D. Si admitimos que los derechos fundamentales no son absolutos, también estaríamos forzados a reconocer que todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites. Y si bien la formulación lingüística de las disposiciones que estatuyen derechos fundamentales en ocasiones puede dar la impresión de que el derecho se reconoce sin límite alguno, ello no es así: los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre.

Y es que los límites a los derechos no sólo poseen un fundamento teórico sólido; también tienen una explicación sociológica: el individuo no vive aislado, sino en sociedad. En esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otros por parte de los demás individuos. *El principio constitucional de igualdad —art. 3 Cn.— impide, prima facie, que el derecho de una persona, por su sola condición personal, deba prevalecer frente a los de los demás.*

No sólo las Constituciones, sino también los instrumentos internacionales de derechos humanos entienden que todo derecho llega hasta donde comienzan los derechos de los demás. Lo recoge así el art. 29.2 de la DUDH: “En el ejercicio de sus dere-

chos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”. En el mismo sentido, la DADH, en su art. XXVIII prescribe que: “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Por otro lado, el legislador ordinario, por los principios procedimentales que lo rigen, está constitucionalmente habilitado —art. 246 inc. 1° Cn.—, no sólo para configurar los derechos fundamentales, sino también para establecer verdaderas *limitaciones* a los mismos. Y esta habilitación —debe aclararse— la posee respecto a todos los derechos, no sólo respecto a los derechos de configuración legal (Sentencia de 23-1E-2001, Inc. 8-97).

Sobre este último punto es importante recalcar que, si bien en algunos casos la Constitución establece los límites expresamente, ello no constituye más que una suerte de “guía” para el legislador. Éste puede derivar de la Constitución otros límites, con el fin de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los demás, e incluso, para proteger intereses legítimos en una sociedad democrática, como la salud y moral públicas, el orden público, la seguridad pública, el bien común y el bienestar general.

Ahora bien, reconocido el amplio margen de actuación del Órgano Legislativo, es preciso decir que éste, a su vez, está limitado por la propia Constitución, pues, en definitiva, se trata de un Órgano constituido. La limitación a la que el legislador está sometido se condensa en el respeto al *principio de proporcionalidad* —art. 246 inc. 1° Cn.—: las limitaciones deben asegurar una relación de equilibrio entre, por un lado, el derecho limitado y, por el otro, el fin perseguido con la intervención legislativa.

En virtud de lo anterior, tenemos que el legislador está autorizado para limitar los derechos fundamentales, pero debe hacerlo respetando el principio de proporcionalidad. Ello se tradu-

ce en que *el órgano Legislativo también efectúa ponderaciones; éstas no sólo las hacen los Tribunales Constitucionales. Es más, el primer órgano estatal que pondera siempre es el Legislativo: cuando emite la regulación de los derechos correspondientes necesariamente debe armonizar los distintos mandatos constitucionales, muchos de los cuales contienen derechos fundamentales, que apuntan en diferentes y, a veces, contrarias direcciones.*

La ponderación en manos del legislador, si logra el equilibrio deseado o justifica adecuadamente el desplazamiento de un derecho, no ofrece problema alguno. Sin embargo, sucede ocasionalmente que el Legislativo, o bien no pondera (no toma en cuenta uno u otros derechos que se ven afectados por la legislación respectiva), o bien no pondera adecuadamente, lo que se traduce en una violación al principio de proporcionalidad. *En este caso, la Sala de lo Constitucional está habilitada para declarar inconstitucional la legislación respectiva, o los jueces ordinarios para declarar la inaplicabilidad de la ley, en su caso.*

2. A. Teniendo claro lo anterior, es natural que en el ejercicio de los derechos fundamentales se produzcan conflictos o colisiones de derechos. Lo ideal sería que se delimiten en la ley, de manera clara y precisa, los elementos constitutivos de esos derechos, sus contornos específicos y sus límites, de tal forma que en casos de colisión o conflicto no se desnaturalicen bajo ninguna circunstancia los derechos en pugna.

Es de hacer notar que este proceso de conceptualización y delimitación de los derechos en la legislación salvadoreña no ha dado en todos los casos resultados concretos, a varios años de la entrada en vigor de la Constitución de 1983. A esta fecha aún no se ha legislado en esta materia respecto de algunos derechos constitucionales. No obstante, a través de las interpretaciones de esta Sala también se determinan los parámetros de solución de conflictos —como el que se analiza en la presente sentencia—.

B. En el caso sometido a control constitucional, el tratamiento y la solución del conflicto o colisión entre, por un lado, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y por otro, las libertades de expresión e información

requerirá de un examen ponderado de los derechos, intereses y valores que están en juego, que permita, mediante las interpretaciones respectivas, fundamentar la necesidad de lograr un equilibrio entre el “ejercicio” de un derecho respecto del de otro u otros, viéndose todos los derechos afectados únicamente en su “ejercicio”, mas no en su contenido esencial.

En tal sentido, y en el contexto democrático, *no es posible resolver un conflicto de derechos desconociendo o anulando un derecho fundamental en particular, para dar paso a otro de igual jerarquía constitucional, ya que ello supondría la jerarquización de los derechos constitucionales, lo cual no tiene fundamento en nuestra Ley Suprema. Por el contrario, la jerarquía entre los derechos fundamentales no es compatible con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, dada la naturaleza y el carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales.*

De lo anterior se desprende la necesidad de brindar protección integral a todos los derechos fundamentales por igual, pudiendo sólo justificarse en determinados casos concretos de colisión que el ejercicio de unos ceda en favor del ejercicio de otros, sin que ello implique —como ya se ha dicho— la anulación o sacrificio del contenido esencial de uno de los derechos en conflicto.

c. En relación con la demanda que se examina, la libertad de expresión no podría legítimamente anular los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de las personas, pues éstos son también derechos fundamentales de igual jerarquía constitucional.

Para esta Sala, bajo ninguna circunstancia se podría sacrificar, desconocer o anular el contenido esencial de un derecho para hacer prevalecer otro derecho fundamental. En todo caso, los derechos en conflicto deben ceder limitadamente en su “ejercicio” en la medida “estrictamente necesaria”, mediante la ponderación de la autoridad judicial competente, que será la que en definitiva valore en cada caso concreto, entre otros factores: si la información que está en juego es o no de interés público o colectivo; si se trata o no de un funcionario o autori-

dad pública; si es o no una persona particular con vida pública o con vida privada sin ninguna relevancia pública; etc.

La CrIDH ha manifestado que, “para que sean compatibles con la Convención las restricciones [a la libertad de expresión] deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.” (Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, párr.121)

Por otra parte, la CrIDH ha sostenido que la prevalencia de alguno de estos derechos en determinado caso concreto dependerá de “la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.”(Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 51) Dicha ponderación, para la Corte, se debe analizar tomando en cuenta: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”(Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 84)

De igual forma, ha reconocido que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo que ambos derechos deben ser tutelados y coexistir de manera armoniosa. La Corte estima, al ser necesaria la garantía del ejercicio de ambos derechos, que la solución del conflicto requiere el examen caso por caso, conforme a sus características y circunstancias.” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 93)

Todos los anteriores factores habrán de tomarse en cuenta para ponderar, en los casos concretos, hasta dónde los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pueden ceder en su ejercicio frente a la libertad de expresión, y hasta dónde llega legítimamente el ejercicio de las libertades de expresión e información.

Será necesario, entonces, realizar un cuidadoso análisis constitucional del conflicto de derechos que se produce en las relaciones entre sujetos particulares cuando ejercen, por una parte, la libertad de expresión o información, y por otra, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En estos casos de relaciones intersubjetivas es el Estado el que tiene el deber de protección de los derechos fundamentales en juego, y es precisamente a través de la ley y de la interpretación judicial que deberá resolverse este tipo de conflictos de derechos.

VI. A continuación, se interpretarán algunos aspectos del art. 6 inc. 1° Cn. —disposición en torno a la cual básicamente gira la impugnación— (1); y luego se hará lo mismo con el art. 191 del C. Pn., especialmente su inc. 1° —que es clave para entender las disposiciones impugnadas— (2).

I. El art. 2 inc. 2° Cn. consagra los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —los cuales han sido desarrollados *in extenso* en el Considerando IV—; mientras que el art. 6 inc. 1° Cn. reconoce las libertades de expresión e información, tendencialmente conflictivas con aquéllos. Conviene hacer algunas precisiones adicionales sobre la disposición constitucional precitada.

A. En el art. 6 inc. 1° Cn. no se advierte ninguna distinción entre los periodistas y quienes no lo son. Desde el principio de su enunciado, al decir “toda persona”, la norma se refiere evidentemente a *cualquier* ciudadano, quien puede expresarse y difundir con toda libertad sus pensamientos, así como el derecho a informar y ser informado.

B. Dicha libertad no puede estar sometida en ningún caso a “previo examen, censura ni caución.” De modo que, para verter opinión, expresar ideas o pensamientos e incluso para criticar a

otros, nadie debe someterse a examen previo, censura o caución. Es decir, ninguna autoridad puede limitar u obstaculizar dicha libertad, ni aun bajo el pretexto de que lo que expresará o difundirá subvertirá el orden público o lesionará la moral, el honor o la vida privada de otro. En otros términos, la censura está prohibida, puesto que la Constitución garantiza el libre ejercicio del derecho a la expresión. El mandato constitucional está destinado a permitir que se deduzcan *responsabilidades ulteriores*.

C. a. La introducción del vocablo “delito” en el art. 6 inc. 1° Cn. y, consecuentemente, la “pena”, en materia de libertad de expresión, no son creación del legislador sino del Constituyente.

Esta situación ha acompañado toda nuestra historia, pues los Códigos Penales que han regido en El Salvador, han penalizado las conductas lesivas del honor, lo cual evidencia que nunca se ha considerado las libertades de expresión y de información como absolutas, sino sujetas a responsabilidades ulteriores. Desde luego, no se puede concebir la existencia de una conducta calificada de “delito” que se encuentre desprovista de una consecuencia jurídica, como la responsabilidad penal y civil.

Ahora bien, en la disposición constitucional analizada se establece que todas las personas que, al hacer uso de la libertad de expresión y difusión del pensamiento “infrinjan las leyes, *responderán* por el delito que cometan”. Dicho enunciado lingüístico constituye un mandato expreso para el legislador que requiere actuaciones concretas, es decir, implica la creación y aplicación de sanciones penales para *todas las personas*, sin distinciones o privilegios, que realicen un ejercicio ilegítimo de los derechos establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y que vulneren otros derechos por ella protegidos.

b. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que... el legislador debe tener en cuenta que existe, en principio, todo un margen de libertad en relación con el procedimiento legislativo y con la determinación del contenido material de las normas infraconstitucionales, puesto que es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos;

sin embargo, la Constitución puede limitarlos, dirigirlos y controlarlos.

En efecto, si bien ambos aspectos son plenamente integrantes de su competencia (el procedimiento y la determinación del contenido de las normas), no pueden quedar al pleno arbitrio de los representantes del pueblo; éstos encuentran su límite en la Constitución. Y es que la legislación debe mantenerse dentro del marco del orden constitucional, contra el cual no puede chocar ninguna norma jurídica.

Por tanto, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución y dentro del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar el núcleo esencial de los derechos reconocidos o asegurados por dicha Ley Suprema, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente.

c. Como se ha dicho, el art. 6 inc. 1º Cn. establece un mandato expreso dirigido al legislador, por lo que se considera que, si bien es cierto que la determinación de las conductas objeto de tipificación penal —como parte de la definición de la política criminal—, generalmente, es un asunto propio de la configuración del legislador, en el caso en análisis tal competencia está sometida a límites, ya que, al regularse explícitamente que cualquier persona responderá penalmente al hacer uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, *desbordaría el marco de configuración legislativa la decisión política de omitir la penalización de aquellos comportamientos que, conforme a la Constitución, deben ser objeto de sanción penal.*

Ello implica que el Constituyente estableció en el art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* Cn. la *protección penal* para los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que deriva en que dicho tipo de protección forma parte del derecho fundamental mismo y, por lo cual, el legislador *debe* tipificar penalmente las formas lesivas que afecten a dichos derechos, con el fin de garantizar y respetar su efectividad (Sentencia de 26-IX-2000, Inc. 24-97).

Consecuentemente, de lo establecido en el art. 6 inc. 1° *in fine* Cn., se concluye que *está ordenado* que el legislador establezca sanciones penales a cualquier persona que, haciendo uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, infrinjan las leyes; y cuyo correlato es que está prohibido *eximir de responsabilidad penal, anticipadamente por ley, a cualquier persona que haga uso ilegítimo de tales libertades*.

2. A. El art. 191 del C. Pn. constituye una “disposición común” al Título VI de dicho Código, que tipifica las conductas que atentan contra dos “bienes jurídicos” constitucionales —siguiendo la terminología penal—: el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar —art. 2 inc. 2° Cn.—. Aunque no lo menciona expresamente el epígrafe respectivo del código, también se protege el derecho a la propia imagen, consagrado en la disposición constitucional precitada. Pues bien, mientras que en los arts. 177 al 190 (excepto el 183) del C. Pn. se criminalizan un conjunto de comportamientos que vulneran los derechos fundamentales mencionados, en el art. 191 del C. Pn. se establecen ciertos supuestos en los cuales el sujeto activo no incurre en responsabilidad penal.

Concretamente, se despenalizan: (i) los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional y los conceptos desfavorables (en adelante, el término “crítica política”, si se utiliza sólo, abarcará todos los demás supuestos) expresados por cualquier medio por *particulares* en el ejercicio de su libertad de expresión, cuando no exista un propósito calumnioso o injurioso o un ataque a la intimidad o propia imagen de una persona; (ii) los juicios desfavorables de la crítica política expresados o difundidos por cualquier medio de comunicación social por parte de *periodistas*; y (iii) la publicación o difusión de dichas críticas políticas por cualquier medio de comunicación social, atribuibles a los *propietarios* de dichos medios, directores, editores, gerentes o encargados del programa (en adelante, el término “propietarios de medios”, si se utiliza solo, abarcará todos los demás supuestos).

Se observa, entonces, que la despenalización de los tipos penales respectivos obedece, por un lado, a aspectos *objetivos*: (i) la ausencia de un ánimo calumnioso o injurioso o de ataque al honor, a la intimidad o a la propia imagen del sujeto pasivo (aparentemente sólo el inc. 1°); y (ii) que la conducta la realiza el sujeto activo en ejercicio de su función, que es la de informar (inc. 2°), o como propietario de medios que tienen por objeto esa función (inc. 3°).

Por otro lado, la irresponsabilidad en cuestión se *gradúa* en función de aspectos *subjetivos*: (i) cuando el sujeto activo es un *particular*, incurre en responsabilidad si existe el ánimo al que se hizo antes referencia; (ii) cuando el sujeto activo es un *periodista*, no queda claro si incurre en responsabilidad penal o no cuando media aquél ánimo; y (iii) cuando el sujeto activo es el *propietario de un medio*, claramente no incurre en ningún caso en responsabilidad penal. En ese sentido, se va desde la responsabilidad penal de unos hasta la exclusión de todo tipo de responsabilidad de otros, con lo cual puede decirse que establece *ciertos privilegios* por la calidad de los sujetos, cuya justificación habrá que determinar. Al respecto cabe que aclarar lo siguiente:

a. La clasificación de los sujetos de exclusión de delitos que contempla el art. 191 del C. Pn. no está en consonancia con lo que a este respecto contempla el ordenamiento penal en general, ya que la disposición impugnada, al referirse a los “particulares”, establece una diferencia entre los que no ejercen el periodismo y los que se dedican a dicha profesión en sus distintas áreas relacionadas. En cambio, para la tipología aceptada en el ámbito penal, tanto los periodistas que ejercen su profesión en el área privada, como los ciudadanos en general, entrarían en la categoría de “particulares”.

El art. 191 del C. Pn. establece, entonces, una nueva forma de clasificar a los sujetos para efectos penales, al contemplar que por “particulares” se deberá entender a todos aquellos que no sean periodistas, propietarios, directores, gerentes, editores o encargados de programas de medios de comunicación, con lo cual se está introduciendo una distorsión en la legislación pe-

nal sustantiva. Si bien ello *per se* no constituye una causal o motivo de inconstitucionalidad, tal distorsión amerita ser subsanada por el legislador, a fin de garantizar la armonía y coherencia técnica en cuanto a los términos empleados, y garantizar así el tratamiento uniforme de los sujetos de la legislación penal.

b. El art. 191 del C. Pn. no constituye, desde el punto de vista penal, una norma que establezca la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. Ello en virtud de que la estructura de aquél no la conforma la determinación de una conducta típica (descripción del aspecto externo de la conducta y de la voluntad consciente o no del sujeto), de los sujetos que intervienen (activo y pasivo), y de los objetos que afecta (la persona o cosa sobre la que recae la acción y el bien jurídico objeto de protección). Sin embargo, dicha disposición sí se relaciona *prima facie* con todos los tipos penales relativos al honor, a la intimidad y a la propia imagen —aras. 177-190 C. Pn., excepto el 183—. Es decir, existe una relación de conexión entre normas, la cual se produce cuando la descripción que figura como contenido o como condición de aplicación de una de las normas sólo puede ser satisfecha si existe otra norma distinta.

En ese sentido, al no estar en presencia de un verdadero tipo penal, de la expresión “inexistencia de delitos” —establecida como epígrafe de la disposición objeto de control—, se infiere que alude a *la exclusión de responsabilidad penal de delitos previamente determinados y establecidos por el legislador*.

Asimismo, de la inferencia anterior, así como del contenido del art. 191 del C. Pn., se concluye que, aunque el tenor de los incs. 2° y 3° de dicha disposición sugiera una causa de exclusión de la punibilidad, más parece que establece supuestos de exclusión de la antijuridicidad, entendida ésta como un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal y que forma parte del injusto penal.

Aunque existan comportamientos que, en principio, coinciden con los supuestos de hecho descritos como prohibidos (tipicidad), el legislador ha regulado en el art. 191 del C. Pn. que determinadas acciones, efectuadas por sujetos identificables en circunstancias específicas, no son contrarias a las prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, no existe una vulneración a los intereses vitales para la organización social o bienes jurídicos.

Tal exclusión de la antijuridicidad implica, desde el punto de vista del análisis formal de las normas, el establecimiento de una norma por la cual es inexistente una obligación o una prohibición previa en las condiciones de aplicación descritas por la misma norma.

B. Pasando ahora al inc. 1º del art. 191 del C. Pn., éste determina la falta de responsabilidad penal respecto a la emisión de, en primer lugar, los “juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional”, y en segundo lugar, los “conceptos desfavorables”.

Cabe preguntarse cuál es la diferencia existente entre los *juicios y conceptos* desfavorables. Haciendo una interpretación gramatical, se aprecia que no existe una diferencia sustancial entre los mismos, los cuales esencialmente consisten en la emisión de una opinión o un parecer negativo o perjudicial para la persona o cosa a la que se dirigen o refieren. En virtud de ello, ambos términos deben entenderse como sinónimos.

En cuanto a la *crítica*, por ésta se entiende el análisis o examen efectuado por una o varias personas, con determinada especialización o experiencia, acerca de alguien o algo. En ese sentido, lo que en realidad diferencia al primer supuesto (juicios desfavorables de la crítica) del segundo (conceptos desfavorables) es que éste se refiere a las opiniones expresadas por cualquier persona, sin mediar una especialización, en relación con cualquier tema.

Ahora bien, la especificación del inc. 1º del art. 191 del C. Pn. en general respecto a los incs. 2º y 3º del mismo artículo, obedece, primero, a los *sujetos* que emiten las opiniones desfavorables referidas, que son personas que no ejercen el periodis-

mo. Segundo, a los *medios* empleados para expresar la opinión respectiva, que serían “cualquier medio”. Esto le otorga —como es fácilmente comprensible— un carácter muy amplio, ya que no lo restringe a los medios de comunicación social.

Por otro lado, en virtud de que las opiniones desfavorables son emitidas en el ejercicio de la libertad de expresión, nos encontramos *prima facie* frente a un caso particular de la causa de justificación (de exclusión de la responsabilidad penal) que establece el art. 27 núm. 1 del C. Pn.: “Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita”.

No obstante, no nos encontramos en presencia de una causa de justificación, como el legislador sugiere, ya que las manifestaciones de ideas o pensamientos se efectúan dentro de los propios parámetros establecidos en el art. 6 Cn. y en las demás leyes (el Código Penal, en este caso) para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Ello en virtud de que las causas de justificación, además de impedir que se imponga una pena al autor de un hecho típico, convierten ese hecho en lícito, con las consecuencias que ello comporta. Por el contrario, *las opiniones desfavorables se emiten en cumplimiento y ejercicio de un derecho fundamental, constituyendo acciones legítimas que no implican un hecho típico punible*.

Consecuentemente, podría decirse que los supuestos establecidos en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. no se encuentran amparados por una causa de justificación, y que *en el mismo lo que se dispone es un límite al ejercicio de la libertad de expresión*: “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”.

Este límite implica que el ejercicio de las libertades de expresión e información no es absoluto, por lo que las manifestaciones de pensamientos e ideas desfavorables serán legítimas siempre y cuando no se configure otro delito previamente establecido. Ello es concordante con lo establecido en el inc. 1° frase 2ª del art. 6 Cn., el cual establece *in fine* que “los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que co-

metan”. La Corte Interamericana ha afirmado categóricamente a este respecto que, “la libertad de expresión no es un derecho absoluto” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 54; Caso Palamara Iribarne vis. Chile, párr. 79).

De esa manera, es posible concluir que *el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. implica un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información establecidas en el art. 6 inc. 1° Cn., confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga*. Sin que ello implique un uso abusivo del Derecho Penal pues, tal como lo ha sostenido la CrIDH (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 119): “En una sociedad democrática el poder punitivo —del Estado— sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.” Tal criterio jurisprudencial es compartido por esta Sala.

VII. Tomando en cuenta todo lo anterior, corresponde examinar la confrontación internormativa sometida en esta oportunidad a conocimiento y decisión de este Tribunal.

El problema jurídico planteado consiste básicamente en determinar si, en la medida en que el art. 191 incs. 2° y 3° del C. Pn. *despenaliza* la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios, se viola la norma que establece la responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información —art. 6 inc. 1° Cn.—, concretamente cuando se afectan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —art. 2 inc. Cn.—; lo cual, dado que supone un trato diferenciado no justificado respecto a los particulares, genera una violación al principio de igualdad —art. 3 inc. 1° Cn.—, y puesto que los derechos afectados también se encuentran reconocidos en tratados internacionales, se viola el principio de prevalencia de éstos sobre las leyes internas —art. 144 inc. 2° Cn.—.

Los puntos de la pretensión se analizarán en el siguiente orden: (1) la supuesta violación del art. 191 inc. 2° del C. Pn. a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH); y (2) la supuesta violación del art. 191 inc. 3° del C. Pn. a las mismas disposiciones constitucionales.

1. Violación a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn. por parte del art. 191 inc. 2° del C. Pn.

A. Si bien la disposición impugnada es el inc. 2° del art. 191 del C. Pn., el examen de constitucionalidad no puede realizarse sin hacer referencia al inc. 1° de la disposición citada.

De la lectura de este último se colige que no cometen delito los que, en el ejercicio de las libertades de expresión e información, actúen sin intención de ocasionar daños a derechos de terceros (elemento especial del tipo subjetivo). Pero responderán por el delito que cometan quienes —tal como lo contempla el art. 6 inc. 1° Cn.— actúen con real malicia o con la intención manifiesta de causar un daño. En estos casos deberá probar el dolo quien lo alegue, y éste también deberá probar el daño o la amenaza producidos, en su caso, y operará para todos los efectos el principio de presunción de inocencia —art. 12 Cn.—.

Por lo tanto, nadie está obligado a probar que no ha cometido un delito contra el honor, la intimidad o la propia imagen o que ha obrado de mala fe, con mala intención o real malicia. La carga de la prueba recae, entonces, en el supuestamente afectado por el ejercicio de las libertades de expresión e información por otro. De la Constitución deriva que el *onus probandi* corresponde en todo caso a quien acusa.

Pero para la CrIDH (Caso Usón Ramírez vrs. Venezuela, párr. 74): “La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado,

las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.

Asimismo, considera que “la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 93).

Lo anterior da lugar a esta Sala a interpretar y sostener *que las libertades de expresión e información, así como la libertad de opinión, crítica pública y el derecho de emitir juicios de valor favorables o desfavorables —que derivan del art. 6 Cn.— no son justiciables ni punibles*, a menos que se actúe con dolo, “real malicia” o intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente, como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas. En tal caso no estaríamos sino frente al ejercicio ilegal y arbitrario de libertades democráticas fundamentales —las de expresión e información—, en cuyo supuesto operaría para todas las personas, sin excepciones, la aplicación del Derecho punitivo o sancionador del Estado (*ius puniendi*).

También podría operar otro tipo de responsabilidad legal, como la responsabilidad civil, según sea el caso, o exigirse una rectificación o respuesta —como contempla el art. 6 inc. 5° Cn.—. El derecho de respuesta —de declaración o de rectificación— constituye un derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a demandar que su declaración o rectificación sea difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una informa-

ción considerada inexacta, agravante u ofensiva pueda irrogarle en su honor o intimidad u otro derecho o interés legítimo.

Este derecho de respuesta permite a la persona afectada dar su propia versión frente a una información difundida por el medio de comunicación social que fuere inexacta, agravante u ofensiva. En ese sentido, se considera que el derecho en análisis opera aunque el medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante no haya actuado con culpa o dolo —en este último caso, el medio, además de otorgar el derecho de respuesta o rectificación, deberá asumir las eventuales responsabilidades penales y civiles que el afectado puede activar, conforme a la ley—.

Consecuentemente, el derecho de respuesta permite que el público expuesto a la información considerada inexacta, agravante u ofensiva, pueda conocer a instancias de la persona afectada su propia versión de los hechos, como versión diferente que permita al público formarse su propio juicio sobre la materia —correcta formación de la opinión pública—, pues constituye la presentación de otra perspectiva de los hechos o actos informados de parte de personas aludidas en ellos, las que se consideran afectadas por el enfoque que se juzga distorsionado, parcial, erróneo o injusto de la información transmitida por el medio de comunicación social, asegurándose también el honor y la intimidad posiblemente afectada de las personas injustamente aludidas.

B. Al igual que como se establece en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn., su inc. 2° determina la falta de responsabilidad penal por la emisión de *juicios y conceptos* desfavorables, siendo pertinente remitir, al respecto, a las consideraciones realizadas *ut supra*. Más bien, la diferencia entre el inc. 2° y el inc. 1° radica en el sujeto que los emite: aquí, *las personas que ejercen el periodismo*.

Ahora bien, cabe aclarar que *los periodistas no tienen vedado el ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, no están ceñidos exclusivamente al deber de informar, aunque su trabajo discurre en el estar constantemente en apariciones públicas o creando información que saldrá al público. Así, quien ejerce el*

periodismo puede válidamente hacer críticas o emitir juicios desfavorables sobre la política, la literatura, el arte o algún servicio público o contra cierto funcionario público cuya gestión le parezca inconveniente o criticable, no en su condición de profesional, sino en su calidad de ciudadano, y por ello puede hacer uso del derecho constitucional a expresarse libremente.

Pero también los particulares, excepcionalmente, pueden realizar tareas que competen por excelencia a los periodistas: escribir artículos, emitir opiniones, escribir editoriales, etc., y difundir su publicación en algún medio de comunicación. Sin embargo, mientras que para los particulares no opera el deber de informar, ello sí ocurre con los periodistas.

En todo caso, el art. 191 inc. 2° del C. Pn. establece que los juicios y conceptos desfavorables pueden ser emitidos por los periodistas “mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos”, es decir, por cualquier medio de comunicación en sus diversas modalidades de ejercicio.

Pero lo más importante a resaltar es que el inciso en análisis es *ambiguo*, ya que de su redacción no es posible determinar claramente si establece que no serán punibles los juicios y conceptos desfavorables emitidos por periodistas (en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función) o si, al igual que en el caso del inc. 1°, pueden responder penalmente por vulneración a otros derechos fundamentales.

En todo caso, pareciera ser que el legislador, apartándose del mandato constitucional, en el art. 191 inc. 2° del C. Pn., lejos de amenazar con responsabilidad penal —como lo hace en el inc. 1° de dicha disposición (referida a los particulares)—, asume que, cuando quienes ejercen el periodismo formulan críticas o juicios desfavorables, necesariamente lo hacen “en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función”.

En resumen, si bien considera el legislador secundario que toda persona tiene el derecho a expresarse y a difundir libremente sus pensamientos, las consecuencias asignadas al inc. 1° difieren de las prescritas en el inc. 2°. En aquél caso regula la limitante de que dicho ejercicio de la libertad de expresión no demuestre “un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”; mientras que en el segundo supuesto presupone que el autor de la crítica o juicio desfavorable actúa amparado en causas que excluyen de responsabilidad penal, tales como el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

Hay, sin duda, en la ley un tratamiento distinto al particular que, haciendo uso de la libertad de expresión, calumnia, injuria o ataca la intimidad o la propia imagen de una persona, respecto al periodista que, supuestamente haciendo uso del deber de informar, produce las mismas ofensas que el particular. En el primer caso, tratándose de particulares, el legislador penaliza el abuso de la libertad de expresión, mientras que en el segundo, cuando alude a periodistas, acude a causales que exoneran de responsabilidad penal: cumplimiento del deber o ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

En todo caso, debe recordarse que el “derecho de información” —como le llama el inc. 2°— implica la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, tanto por las personas que ejercen el periodismo —para quienes también se constituye en un deber— como por los particulares. No obstante, debe tenerse en cuenta que “[l]a función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar [tanto por periodistas como por particulares] no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 15-V-1986, Caso Campillay, Julio C. contra La Razón y otros).

Es cierto que las informaciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación del mismo; y además, debe tenerse en cuenta que “[l]os actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho puede desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero” (Corte Constitucional de Colombia [Sala Tercera de Revisión], Sentencia T626/07, de 15 de agosto de 2007).

De lo anterior se concluye que *el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. establece, o bien la falta de responsabilidad penal para las personas que ejercen el periodismo, o bien la posibilidad de responder penalmente por el incumplimiento de la responsabilidad Ética que debe guiar en todo momento el ejercicio del periodismo y que puede generar afectaciones a los derechos fundamentales de los demás —conflicto que deberá ser resuelto en el caso concreto—*.

C. Entonces, aparentemente el inc. 2° de la disposición impugnada exonera de responsabilidad penal a los periodistas en cualquier supuesto, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio de su profesión, la cual tiene por objeto, o bien la emisión de una opinión, o bien la de informar. Ello parece *prima facie* razonable, pues —como antes se ha apuntado— la función periodística en general, además de su valor estético (dibujos, fotografías, etc.), sirve para informar a la población, con lo que no sólo satisface el derecho de los ciudadanos a estar enterados de su entorno —permitiéndoles ello conocer la realidad y tomar decisiones de la más variada índole—, sino que les permite participar en el debate político reflexivamente. El periodismo, por ello, fomenta el principio del pluralismo e incide indirectamente en el control de los funcionarios públicos. En ese sentido, no sólo es normal que se proteja la función periodística, sino que es una obligación constitucional hacerlo, pues si ella se viera constantemente amenazada de persecución penal, perdería en la práctica su genuina naturaleza de libertad y no podría cum-

plimentar adecuadamente la función a la que está llamada, con lo cual la afectada sería la sociedad.

Los medios de comunicación y los periodistas en general cumplen, en consecuencia, una función social determinante para la vida en democracia. La CrIDH (Caso Ivcher Bronstein vrs. Perú, párrs. 143 y 149), a este respecto ha afirmado que: “La prensa, en una sociedad democrática, tiene el derecho de informar libremente y criticar al Gobierno, así como el pueblo tiene el derecho de ser informado de lo que ocurre en la comunidad”; y ha destacado el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, “cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.”

En conclusión, pues, las libertades de expresión y de información —derechos que dan sustento constitucional a la función periodística (la primera a las opiniones y la segunda a las noticias)—, como los demás derechos fundamentales de la Constitución salvadoreña, no son absolutos, sino que, por el contrario, están sometidas a límites y restricciones en su ejercicio.

Por otro lado, conviene recalcar que las libertades de expresión e información representan casos en los que el Constituyente establece de modo expreso ciertos límites específicos a su ejercicio: el orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás. Los dos últimos se corresponden con los derechos fundamentales estatuidos en el art. 2 inc. 2° Cn. Pero, además, el art. 6 inc. 1° Cn. establece que “los que haciendo uso [de la libertad de expresión y sus manifestaciones] infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”. Esto significa que ya la Constitución ordena un medio específico para proteger los derechos fundamentales que por antonomasia se ven afectados por el ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión: la *sanción penal*. En ese sentido, se advierte una preocupación especial del Constituyente por proteger los derechos personalísimos del individuo, ya que éstos cumplen un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales. Por supuesto, la consecuencia jurídica aludi-

da siempre deberá constituir la *ultima ratio* del Estado, en virtud precisamente de otro derecho: la libertad personal de los individuos —art. 2 inc. 1° Cn.—.

Al mandato constitucional contenido en el art. 6 inc. 1° frase 2ª *in fine* Cn. obedece, entonces, que se tipifiquen como delitos, por ejemplo, la calumnia, la difamación y la injuria (art. 177-179 C. Pn.). Pero también a otra norma constitucional, la que consagra la libertad de expresión —art. 6 inc. 1° Cn.—, se debe que el art. 191 del C. Pn. contemple causales de exclusión de responsabilidad penal. Lo que el legislador penal ha hecho es *ponderar* ambos derechos, pretendiendo establecer, bien un equilibrio entre ellos, bien ciertas reglas de prevalencia.

Pues bien, como antes se ha expresado, el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no era claro en cuanto a si excluía o no la responsabilidad penal de los periodistas en caso de que exista un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad. Sin embargo, ello conduciría a un resultado *inconstitucional*: que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedarían *completamente* desprotegidos frente al ejercicio del periodismo desde el punto de vista penal. Y ello es irrazonable, puesto que tales derechos se ven especialmente amenazados y la violación —en caso de consumarse— se refuerza cuando la ofensa o los datos que se quieren resguardar se publicaban.

Para hacer un análisis adecuado, debe recordarse que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. se refiere al mismo supuesto contemplado en el inc. 1° relativo al ejercicio de las libertades de expresión e información, pero respecto *a sujetos diferentes*. Es más, el inc. 2°, cuando dice “[de igual manera”, hace referencia directa al inc. 1°, con base en lo cual existe la necesidad de tomar éste en consideración al hacer el examen de constitucionalidad de aquél.

Pues bien, de la lectura del inc. 2° se puede notar que el legislador omitió mencionar expresamente la salvedad o excepción que se contempla en el inc. 1° sobre el modo de proceder calumnioso o injurioso; omisión que no puede dar lugar a interpretar que la ley permite ejercer alusivamente las libertades de

expresión e información, con afectación deliberada de derechos constitucionales de terceros, sin que ello haga incurrir a los autores en responsabilidad legal.

La exclusión de delitos a que se refiere el art. 191 inc. 1° del C. Pn. debe operar en todos los casos y para todas las personas por igual, siempre que estén sujetas a la legislación penal común y que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en cuyo caso, según el art. 6 inc. 1° frase 2ª Cn., “responderán por el delito que cometan”.

En consecuencia, *el art. 191 del C. Fn. debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la intercalación directa que tienen sus disposiciones. En tal sentido, y aún cuando el legislador omitió en el inc. 2° hacer alusión explícita a la exigencia del elemento especial del tipo subjetivo como presupuesto para aplicar o no la exclusión de delitos, este inciso debe interpretarse de tal forma que permita aplicar la excluyente de responsabilidad a los periodistas cuando emitan juicios desfavorables contra una persona particular o un funcionario público, “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”.*

De lo contrario, al igual que cualquier persona sometida a la legislación penal sustantiva, responderán por el delito que cometan, tal como lo ordena el art. 6 inc. 1° frase 2ª Cn., ya que todas las personas por igual son titulares de las libertades de expresión e información y sujetos de responsabilidad penal. Y es que *la Constitución no distingue ni es inferirle de su texto la condición de quien realiza la conducta de expresar o difundir el pensamiento, es decir, no formula modalidades diferentes para los que ejercen el periodismo, por un lado, y para los demás ciudadanos, por el otro. Eso significa que, tanto los derechos mencionados como sus límites, son aplicables a todas las personas, sin hacer ninguna clase de distinciones o tratamientos privilegiados.*

Cabe mencionar que el art. 180 del C. Pn., que contempla la pena accesoria de inhabilitación especial para los profesionales

o personas dedicadas a la función informativa, en verdad no descarta la posibilidad de que los mismos tengan responsabilidad penal. Al contrario, dicha disposición refuerza, desde el punto de vista legal, la afirmación de que, ni los profesionales del periodismo, ni las personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, pueden quedar al margen de la persecución penal.

Por lo tanto, *para que el inc. 2º guarde armonía y coherencia con la Constitución, debe interpretarse de tal manera que no dé lugar a una aplicación diferenciada de la ley penal en cuanto a los beneficios de la exclusión de responsabilidades penales, ya que, de lo contrario, estaríamos frente a una disposición inconstitucional, lesivo de los arts. 2º inc. 2º, 3º inc. 1º, y 6º inc. 1º Cn.*

En definitiva, *pues, el ejercicio de las libertades de expresión e información, independientemente de quien las ejerza, no es merecedor de protección constitucional ni legal cuando lo mueve el ánimo de menoscabar el honor, la intimidad o la propia imagen de otros. Ello porque en tales casos se está en presencia: o bien de un ejercicio abusivo de las libertades de expresión o información por parte de los particulares, en el sentido de hacer un empleo excesivo del derecho, con daño para terceros y sin beneficio propio; o bien de un ejercicio, además de abusivo, ilegítimo de las libertades de expresión e información por parte de los periodistas, en el sentido de utilizar el derecho de informar con un propósito diferente de aquél para el que está concebido.*

Teniendo claro lo anterior, se concluye que *el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. permite una interpretación conforme con los arts. 2º inc. 2º, 3º inc. 1º, y 6º inc. 1º Cn., en el sentido de que, al rezar a su inicio “[d]e igual manera”, el periodista también puede incurrir en responsabilidad penal cuando actúa con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la propia imagen, lo cual significa que la norma impugnada equipara a los periodistas a los particulares cuando se encuentran en el mismo supuesto de hecho.*

De la misma manera, *el precepto sometido a control puede interpretarse conforme al art. 144 inc. 2º Cm, pues, al no excluir la responsabilidad penal en los casos de ataque a los derechos a*

la “vida privada” y “familiar”, y a la “honra” (arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 CADH) provenientes del ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información, no se advierte ninguna contradicción entre la ley interna y los tratados internacionales.

Por las razones anteriores, se concluye que *el art. 191 inc. 2° del C. Pn., tal como se ha interpretado, no viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” PPIDCF, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 CADH), todos de la Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.*

D. Ahora bien, así entendido, el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. pierde parte de su sentido si la verdadera intención del legislador penal era la de excluir de toda responsabilidad a los periodistas, pues los supuestos de los incas. 1° y 2°, tal como esta Sala los ha interpretado, reciben la misma consecuencia jurídica. Sin embargo, el juez penal siempre, ante un caso concreto, deberá ponderar cuál de los derechos en conflicto, dadas las circunstancias concretas, debe prevalecer en su ejercicio. Para ello el ordenamiento jurídico no le puede brindar una solución en abstracto y a priori, sino que el juez deberá tener en cuenta: el contenido constitucional de los derechos en juego, su configuración legal, los criterios generales y específicos establecidos por la jurisprudencia y las circunstancias del caso concreto (Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 14/2003, de 28 de enero).

Así, por un lado, cuando el periodista ejerce la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el ejercicio igualmente legítimo del derecho al honor por parte de los demás. Para resolver esta colisión el juez los debe ponderar en el caso concreto, teniendo en cuenta la relevancia pública de la materia tratada. Esto se traduce en que, si bien el periodista puede hacer críticas durísimas, está impedido de proferir insultos porque éstos rebasan el tema tratado y, en ese sentido, no contribuyen a la formación de una opinión pública libre. Se trata, por ello, de ataques

innecesarios, ajenos a la función periodística, que, por ende, ésta no puede justificar.

Respecto al anterior tipo de conflictos, cabe precisar que, ante un ataque al honor, no es lo mismo que el sujeto pasivo sea un particular a que sea un funcionario público. Este último goza —respecto a ese derecho— de un ámbito de protección menor que los particulares: quien llega a un cargo público se expone a un escrutinio público y eso implica que los ciudadanos pueden válidamente criticar, cuestionar o burlarse abiertamente de la gestión de un funcionario. Esa situación de vulnerabilidad no la tienen las personas particulares, porque la mayor parte de su vida carece de trascendencia pública. Las posibilidades de que un funcionario público sea objeto de críticas o juicios desfavorables son superiores a las de los particulares. Lo anterior no significa, desde luego, que el funcionario público quede totalmente desprotegido, pues a él lo acompaña el derecho constitucional a disfrutar de su vida privada individual y familiar sin intromisiones indebidas, como tampoco significa que las actuaciones de los particulares carezcan totalmente de trascendencia pública.

A este respecto, la CrIDH ha expresado que: “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” (Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, párr. 129).

También ha expresado que: “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.” (Caso Kimel vas. Argentina, párr. 88).

Asimismo, el TEDH ha afirmado que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de [la sociedad democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática” (caso *Handyside*, Sentencia 1976/6, de 7 de diciembre, párr. 49).

Por otro lado, también cuando el profesional del periodismo ejerce la libertad de información puede entrar en conflicto con el ejercicio del derecho al honor. Para solucionar esta colisión, el juzgador deberá atender a la relevancia pública de la materia tratada (lo que le impide insultar) y a su veracidad. En este sentido, la manifestación deliberada de datos falsos (o la falta de diligencia para corroborar su verdad o falsedad) no contribuye a informar, sino todo lo contrario: desinflama y contamina la opinión pública. Por ello carece de protección constitucional.

Finalmente, la libertad de información puede entrar en conflicto con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. En la solución de estas colisiones la veracidad ya no es un elemento a tener en cuenta en la ponderación. En cambio, sí debe el juzgador considerar, por un lado, el interés público de la información (que deberá ser muy intenso), y por otro, el consentimiento (expreso o tácito) del afectado.

Y, en definitiva, puede afirmarse que *los jueces penales también, al momento de conocer de casos concretos, deben tomar en cuenta la función social de los periodistas, la de contribuir a la formación de una opinión pública libre; lo que se convierte en una carga argumentativa a su favor en la ponderación.* En cambio, los particulares, quienes no se dedican al periodismo,

en principio no podrían invocar la relevancia pública de la información.

2. Violación a los artes. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° Cn. (en relación con los artes. 17 y 19 párr. 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párr. 2 letra “a” y 14 párr. 3 de la CADH) por parte del art. 191 inc. 3° del C. Pn.

A. El inc. 3° del art. 191 del C. Pn. hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos, pero, a diferencia de éstos, contempla una categoría de sujetos que no incurrirán *en ningún tipo* de responsabilidad penal, a saber: los “medios” escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos desfavorables, y los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa. Es de resaltar que de la simple lectura de dicho inciso no se pueden deducir las razones por las cuales no incurrirán en absoluto en responsabilidad penal los mencionados sujetos.

Se hace notar que el legislador, utilizando una redacción técnico-legislativa impropia, considera dentro de los sujetos de aplicación del Derecho Penal, incluso, a los que no lo son ni pueden serlo, ya que no son personas naturales, quienes son los sujetos por excelencia de la aplicación de la ley penal. Así, el legislador, en el inc. 3° del art. 191 del C. Pn., considera a los “medios escritos, radiales, televisivos e informáticos” como sujetos del Derecho Penal al excluirlos expresamente y de manera innecesaria de toda responsabilidad penal, lo cual es incompatible con la doctrina penal que inspira nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Esta norma específica contenida en el inc. 3° es, por lo tanto, un equívoco jurídico-penal, técnicamente incongruente, ya que sólo las personas naturales pueden ser objeto de persecución penal y no las personas jurídicas ni los medios de comunicación social u otras entidades, instituciones o corporaciones.

Aclarado lo anterior, se tiene que el legislador, en el inciso analizado, ha optado por efectuar una exclusión de la responsabilidad penal para determinados sujetos, sin tener en cuenta:

a. Su responsabilidad social, ya que, de manera general, “los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado Social de Derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general. La responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos de informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto de la dignidad y de los demás derechos de las personas” (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-094/00, del 2 de febrero de 2000).

En cuanto a los deberes y responsabilidades que acarrea el ejercicio de la libertad de expresión, en particular respecto de los periodistas, el TEDH ha enfatizado que, “cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.” (Caso *The Sunday Times vrs. el Reino Unido*, 1979).

b. La posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, según lo establecido en el art. 6 inc. 1° Cn., por vulneración a derechos fundamentales.

c. La posibilidad de aplicación del art. 38 inc. 1° del C. Pn. —máxime cuando no se ha justificado la exclusión de responsabilidad penal—, el cual establece lo siguiente: “Actuar por otro. El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente fi-

gura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare”.

De lo anterior se concluye, que *el inc. 3° del art. 191 del C. Pn. realiza una exclusión de responsabilidad penal absoluta y en abstracto, sin permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto.*

B. Para determinar si el art. 191 inc. 3° del C. Pn. otorga un tratamiento privilegiado a los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa, al excluirlos de toda responsabilidad penal por la publicación o difusión de opiniones desfavorables, es necesario realizar un análisis constitucional del principio de igualdad.

a. La Constitución salvadoreña ha determinado en su art. 3 inc. 1° que *todas las personas son iguales ante la ley*. Jurisprudencialmente ha interpretado esta Sala que la igualdad tiene dos dimensiones: una objetiva, como *principio constitucional de igualdad*, y otra subjetiva, como *derecho fundamental a la igualdad*.

Ambas dimensiones de la igualdad —el principio y el derecho— operan en dos niveles distintos: la *igualdad ante la ley*, que tiene eficacia vinculante en la aplicación de la ley y en las relaciones entre particulares; y *la igualdad en la ley*, por la que el legislador está obligado a configurar el sistema normativo de manera que, ante supuestos de hecho idénticos o similares, se determine la misma consecuencia jurídica, o que, ante supuestos de hecho diferentes, se atribuyan diferentes consecuencias (Sentencia de 24-X-99, Inca. 3-95; y Sentencia de 6-VI-2008, Ampo. 257- 2007).

El análisis del arte. 191 inc. 3° del C. Pn., desde la perspectiva de la igualdad, se circunscribe a determinar si su configuración vulnera o no el *principio de igualdad en la ley*, dado el privilegio a una determinada situación jurídica que realiza el legislador para la exclusión de responsabilidad penal.

El principio de igualdad en la ley carece de un contenido material propio, es decir, no protege ningún ámbito concreto de actividad de los ciudadanos. Es un mandato dirigido al legislador,

quien está obligado a respetarlo en el momento en que regula situaciones jurídicas de distintos grupos, en el sentido de prever las mismas consecuencias para supuestos de hecho con equivalentes características o prever distintas consecuencias para supuestos de hecho dispares.

Dada la indeterminación estructural del principio de igualdad en la configuración de la ley, es la jurisdicción constitucional la que debe determinar el contenido del art. 3 Cn., a fin de concretar los parámetros bajo los cuales se someten a control de constitucionalidad las disposiciones constitucionales o los actos de autoridad, cuando exista alegación de vulneración al principio de igualdad.

La igualdad es un concepto relacional, no una cualidad que acompañe a sujetos, objetos o situaciones, y cuya existencia no puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada. Más bien, surge de una relación que se da, al menos, entre dos personas, objetos o situaciones. Por tanto, no protege ningún ámbito concreto de la actividad humana, sino que es alegable frente a cualquier diferenciación o equiparación normativas que carezcan de justificación suficiente. En ese sentido, el principio de igualdad no necesariamente postula la paridad en el trato entre las situaciones normadas, sino que sólo exige que, mediante pautas objetivas y razonables, se justifique la diferencia.

Debido a la anterior característica, la igualdad normativa presupone una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, los cuales constituyen el término de comparación (*tertium comparationis*). Y es que —se insiste— *el marco normativo aplicable a determinado sector de la sociedad no es discriminatorio en sí mismo, sino en relación con otro régimen*.

El fundamento de la diferenciación que realiza el legislador en la regulación de las situaciones en que se encuentran dos o más sectores de la sociedad, debe permitir el análisis *jurídico* del principio de igualdad; concretamente, *el control de la diferenciación normativa debe partir de la propia Constitución*. Así, se dejan de lado determinados juicios valorativos u otro tipo de consideraciones que podrían haberse tomado en cuenta para

justificar la diferenciación. Lo anterior no significa que los criterios de diferenciación deban establecerse explícitamente en la Constitución, sino que al menos *su justificación sea constitucionalmente legítima, es decir, que no esté prohibida definitivamente por la Constitución*.

Con la finalidad de determinar el carácter igualitario o discriminatorio de un régimen normativo respecto a otro es que se realiza el *juicio de igualdad*. Dentro de éste se considera el *juicio de razonabilidad* de las medidas legislativas. La función de este juicio es la de determinar si la clasificación que el legislador hace de determinadas situaciones jurídicas, respecto a las consecuencias previstas, evidencia diferencias relevantes en cuanto a su fundamento y, por tanto, la norma correspondiente es constitucional.

Así, *el juicio de razonabilidad* de la clasificación normativa trata en síntesis de determinar si, con base en la razón de ser de dicha categorización (es decir, su fundamento), la situación jurídica impugnada admite distintas consecuencias jurídicas. Esto debido a que el principio de igualdad implica la prohibición de establecer *diferenciaciones o equiparaciones arbitrarias* entre situaciones que carezcan o posean —según el caso— disimilitudes relevantes, partiendo del fundamento que sea perceptible en la disposición.

Una categorización se convierte en irrazonable y, por ende, en *inconstitucional* cuando los parámetros bajo los cuales se realizó la clasificación normativa de determinadas situaciones, carecen de un fundamento racional proveniente de la naturaleza de los sujetos, objetos o situaciones. También la clasificación será inconstitucional cuando es *inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto a un derecho fundamental*.

Por tanto, el principio de igualdad en la ley se vulnera cuando un sector destinatario de una norma, en comparación con otro que posee las mismas características y sin que existan diferencias relevantes que así lo justifiquen, es tratado de manera distinta, o bien cuando un sector, en comparación con otro que posee distintas características, injustificadamente es tratado de manera igual.

El Constituyente consagró las libertades de expresión e información —art. 6 Cn.— con la finalidad de que toda persona se encuentre lo suficientemente informada —para poder tomar decisiones teniendo en cuenta todos los datos y perspectivas posibles— y de crear una opinión pública libre. Al advertirse la posibilidad de que su ejercicio lesione derechos constitucionales, el legislador tipificó una serie de conductas como delitos contra el honor, la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, también aprobó el art. 191 inc. 3° del C. Pn., en virtud del cual ciertos sujetos pueden ejercer las libertades de expresión e información sin posibilidad alguna de persecución penal por las opiniones o informaciones publicadas o difundidas, aun cuando se emitan con el ánimo de injuriar o difamar.

b. Se tiene que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una exclusión absoluta de responsabilidad penal, dejando sin efecto los límites a las libertades de expresión e información establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn., y desarrollados en el art. 191 incs. 1° y 2° del C. Pn. Es decir, *se establece un ejercicio irrestricto de las libertades de expresión e información, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para los sujetos que se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho del inc. 3° de la disposición impugnada.*

Cabe acotar que una discriminación normativa puede adoptar las siguientes formas: regulación explícita, exclusión tácita o exclusión expresa. El art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una *exclusión expresa* de responsabilidad penal.

Por otro lado, debe aclararse que la formulación lingüística de dicho inc. 3°, cerrada, impide interpretar que, al igual que para los miles. 1° y 2°, el ánimo injurioso desactiva la eximente de responsabilidad. Lo confirma el Considerando VI del Decreto Legislativo que contiene la disposición impugnada: “es necesario reformar el Código Penal con el objetivo de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, *sin restricción alguna*, en sus dos dimensiones antes expresadas”.

Como ya se manifestó, el desarrollo de las libertades de expresión e información contenido en el art. 191 inc. 3° del C. Pn.,

que se concreta en una despenalización absoluta para ciertos sujetos, se ha intentado justificar legislativamente en que así supuestamente se protegen aquéllos derechos. Sin embargo, ese desarrollo legal de los derechos fundamentales mencionados necesariamente debe estar *limitado* por la protección que el mismo legislador debe otorgar a otros derechos constitucionales, específicamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen —arts. 2 inc. 2º, y 6 inc. 1º Cn.—, en caso de colisión entre unos y otros.

Entonces, debe analizarse si la referida despenalización es acorde con la Constitución, en la medida en que protege las libertades de expresión e información o, por el contrario, mediante una diferenciación arbitraria, lesiona los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

El Derecho Penal, en relación con los derechos fundamentales, ofrece dos facetas. Por una parte, constituye una limitación a los mismos, particularmente, a la libertad personal. Pero, por otra parte, paradójicamente *el Derecho Penal también protege derechos fundamentales, en la medida en que busca prevenir violaciones a los mismos, concretamente, los ataques más fuertes.*

En esa línea, *el Constituyente salvadoreño creyó necesario proteger mediante el Derecho Penal los ataques más graves al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 6 inc. 1º frase 2ª in fine Cn.). Esto obligaría a preguntarse si la despenalización de determinadas conductas potencialmente lesivas de esos derechos es conforme con la protección que ex Constitutione se espera del legislador ordinario.*

Debe en este punto de la argumentación recordarse que una disposición de derecho fundamental puede contener distintas normas y, por ende, distintos derechos, y que cada derecho es un haz de modalidades jurídicas activas. Acorde con ello, el art. 2 inc. 2º Cn. genera distintas modalidades activas.

Consecuentemente, aunque los derechos mencionados son considerados clásicos *derechos de libertad*, nada más alejado de la realidad que sólo adopten esa específica modalidad activa. Y es que está ampliamente superada la concepción ideológica que

identificaba los derechos fundamentales con las libertades. La realidad jurídica y la teoría admiten hoy día que todo derecho fundamental ubica a su titular en distintas posiciones: unas, por ejemplo, para exigirle al Estado una prestación; otras para exigirle al mismo Estado y a los particulares que no obstaculicen el ejercicio del derecho; otras para producir efectos jurídicos respecto al Estado o a los particulares, etc.

Desde la perspectiva del Estado, todo derecho fundamental puede generar uno o varios de los siguientes tipos de obligaciones: (i) de respetar —no violar los derechos por acción u omisión—; (ii) de proteger —velar porque los particulares no violen los derechos—; (iii) de garantizar —adoptar medidas en caso de que la persona sea incapaz de satisfacer el derecho por sí misma—; y (iv) de promover —adoptar medidas de largo alcance con el fin de fortalecer el derecho—.

Partiendo de lo anterior, se infiere que los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, incluyen un *derecho a protección penal* adscrito al art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* Cn. Por el contrario, el Órgano Legislativo, sin perjuicio de darle algún cumplimiento a este derecho, ha adscrito al art. 6 inc. 1º frase 1ª Cn. un supuesto derecho de los propietarios de los medios de comunicación social a publicar y a difundir crítica política, etc. y conceptos desfavorables, sin que en ningún caso (o sea, ni siquiera cuando exista un propósito calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen) incurran en responsabilidad penal; una suerte de derecho absoluto (al menos en su colisión con ciertos derechos).

Cabe aquí recordar lo dicho respecto a las ponderaciones del Órgano Legislativo: son admisibles siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad —art. 246 inc. 1º Cn.—. Éste tiene dos vertientes: la prohibición de exceso y la prohibición de protección deficiente. Nos interesa en esta oportunidad referirnos a la segunda.

Podemos definir la prohibición de protección deficiente... como un criterio de interpretación iusfundamental, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal vulnera el *derecho fundamental a la protección jurisdiccional y no jurisdic-*

cional. Se parte, pues, de que el legislador debe garantizar éste en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. No cumpliría el legislador dicho mandato cuando las medidas que haya adoptado fueran insuficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho a recibir protección.

Corresponde determinar, entonces, en este caso concreto, si el legislador penal salvadoreño, mediante la emisión del inc. 3° del art. 191 del C. Pn., violó la prohibición aludida —art. 6 inc. 1° frase 2ª *in fine* Cn.— en relación con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen —art. 2 inc. 2° Cn.-

Lo primero que procede —al igual que en *el juicio de proporcionalidad* en su vertiente de prohibición de exceso— es dilucidar si la finalidad de la omisión legislativa es constitucionalmente legítima, o sea, que no está prohibida de modo definitivo por la Constitución (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004).

Como ya se había dicho, *la finalidad de la omisión del inc. 3° del art. 191 del C. Pn. (no penalizar ciertas conductas) es, según los Considerandos del Decreto Legislativo impugnado la de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, y ésta es constitucionalmente legítima*.

Establecido el fin, debe analizarse, a efecto de verificar el respeto a la prohibición de protección deficiente, que la omisión legislativa en abstracto sea idónea para satisfacer de alguna manera aquél fin. En el presente caso, sin embargo, se advierte que *la despenalización no es idónea para fomentar de ninguna manera la finalidad perseguida con la misma, pues, cuando se ejercen las libertades de expresión e información con los propósitos de injuriar o calumniar, no se informa a los ciudadanos ni se contribuye a la formación de una opinión pública libre, en beneficio de la sociedad sino todo lo contrario: se proporcionan datos falsos, se desinforma y se afecta a ciertos miembros del colectivo, violándoles sus derechos fundamentales, desnaturalizándose, de esa manera, la libertad de información*.

Habiendo determinado, entonces, que la medida legislativa que contiene el art. 191 inc. 3° del C. Pn. (la exclusión absoluta

de responsabilidad penal para una categoría de sujetos) no es idónea para fomentar el fin que con la misma se persigue (garantizar las libertades de expresión e información), *se concluye que la diferenciación que aquélla implica, con la consiguiente desprotección para los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen —art. 2 inc. 2º Cn.—, es desproporcionada a la luz del art. 6 inc. 1º Cn. y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley —art. 3 inc. 1º Ca. —. Por lo que así deberá declararse en esta sentencia.*

C. Por último, el demandante alegó que el art. 191 inc. 3º del C. Pn., en la medida en que es contrario a los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH, viola por acción refleja el criterio de ordenación de las fuentes del Derecho salvadoreño establecido en el art. 144 inc. 2º Cn., en cuya virtud las leyes internas no pueden contradecir el contenido de los tratados internacionales, a lo que esta Sala también le ha llamado “fuerza pasiva” de los tratados internacionales (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerando V 3).

El art. 17 del PIDCP consagra los derechos a la vida privada y familiar (párr. 1), a la honra y reputación (párr. 1) y a la protección legal contra las injerencias o ataques a los mismos (párr. 2). El Comité de Derechos Humanos en su *Observación General n° 16 (Artículo 17-Derecho a la intimidad)* sostuvo que “Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho” (párr. 1). Además, manifestó que “El artículo 17 garantiza la protección de la honra y la reputación de las personas, y los Estados tienen la obligación de sancionar legislación apropiada a ese efecto. También se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques” (párr. 11).

Por su parte, el art. 19 párr. 3 letra “a” del PIDCP establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información en-

traña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en su *Observación General n° 10 (Artículo 19-Libertad de opinión)* afirmó que “es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determina el ámbito real del derecho de la persona” (párr. 3). Agregó que “el párrafo 3 [del art. 19 del EIDCP] subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto”.

La CADH, su art. 11 consagra —de manera casi idéntica al PIDCP— los derechos a la honra (párr. 1), a la vida privada y familiar (párr. 2) y a la protección legal contra injerencias o ataques contra los mismos (párr. 3). Por su parte, el art. 13 párr. 2 letra “a” de la CADH establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Finalmente, el art. 14 párr. 3 de la CADH dispone que, 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.

En cuanto a las restricciones y a las responsabilidades ulteriores que implica el ejercicio de la libertad de expresión, la CrIDH ha expresado que: “el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar ‘el respeto a los derechos o a la reputación de los de-

más' o 'la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas', y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa" (Caso Palamara vrs. Chile, párr. 79).

Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales citadas, así como los precedentes y jurisprudencia de los órganos respectivos, se concluye que *en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos los derechos al honor e intimidad en un extremo, y la libertad de expresión y de información, en el otro, se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en casos concretos donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico.*

Ahora bien, se ha establecido que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn., ya que excluye de toda responsabilidad penal a una categoría de sujetos, aun cuando actúen con un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de otras personas. *Dicha exclusión también es contraria a las normas internacionales citadas, ya que éstas no dan cobertura alguna al ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información. Por el contrario, claramente ordenan a los Estados que protejan legalmente los derechos a la vida privada y familiar y a la honra de todo ataque proveniente de particulares, con independencia de la condición personal de éstos.*

Por las razones anteriores, se concluye que *el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola por acción refleja el art. 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 de la CADH), y así deberá declararse en esta sentencia.*

VIII. Habiéndose determinado que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no es inconstitucional, por admitir una interpretación conforme con la Constitución, y que el inc. 3° de dicha disposición sí es inconstitucional, deben hacerse las siguientes aclaraciones:

1. A. La interpretación realizada por esta Sala del inc. 2º del art. 191 del C. Pn., según la cual es posible que las personas que ejercen el periodismo, al igual que quienes no lo ejercen (inc. 1º del art. 191 C. Pn.), incurran en responsabilidad penal cuando actúan con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la propia imagen, *no implica el establecimiento de un nuevo tipo penal especial, en virtud del cual la actividad periodística sea penalizada*. Ello en virtud de que, mediante la interpretación efectuada, se ha determinado su sentido y ámbito de aplicación, el cual, si bien puede diferir del que en la práctica le han dado los operadores jurídicos, *no implica la creación de una norma distinta a la previamente establecida y hoy dotada de significado*. En ese sentido, al determinarse que las personas que ejercen el periodismo pueden responder penalmente, se hace alusión a la posibilidad de que se les impute la comisión de delitos *previamente establecidos por el legislador*, siempre y cuando concurren los elementos necesarios para ello.

B. Así las cosas, frente a las imputaciones que se efectúen en contra de las personas que ejercen el periodismo, de conformidad con lo establecido en el art. 183 del C. Pn., es posible que se excluya de responsabilidad penal al probarse los hechos o situaciones que se han atribuido, es decir, haciendo uso de la prueba de la veracidad (*exceptio veritatis*). Ésta implica que la conducta penal contra el derecho al honor se considera atípica cuando la imputación materia de inculpación ha sido probada y, por tanto, es verdadera. En ese sentido, cuando la atribución de determinado hecho punible o de una conducta sea falsa, lo que el acusado debe probar es la certeza procesalmente válida del hecho o conducta atribuida, ya que su prueba objetiva permitirá que la conducta se repute atípica por inexistencia de falsedad. Asimismo, el sujeto imputado puede demostrar que verificó la fiabilidad de la información, lo que también generará la atipicidad de la conducta debido a la existencia de una veracidad objetiva (Tribunal Constitucional Español, STC 126/2003 de 30 de junio)

Lo anterior tiene sustento en que, al corroborarse la veracidad del hecho o conducta atribuida, no habría una afectación al derecho al honor. Ello porque derechos como éste “se esculpen por el titular y si existen pruebas que demuestren un comportamiento digno de punición por parte del Derecho penal, no habría un daño contra [...] una reputación, un reconocimiento social que él mismo ha destruido ante los demás miembros de la sociedad con su comportamiento” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417/09 de 26-VI-2009)

2. En cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 191 del C. Pn., por vulneración a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1° y 144 inc. 2° Cn., la misma obviamente conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma respectiva.

En virtud de ello, los sujetos a los que la disposición invalidada excluía de manera absoluta de responsabilidad penal (los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa), al igual que cualquier persona, deberán responder penalmente por la vulneración a los derechos fundamentales de los demás, al cometer cualquiera de los tipos penales previamente establecidos por el legislador.

Lo anterior implica que *la expulsión del ordenamiento jurídico del inciso declarado inconstitucional no genera un vacío normativo*. En efecto, pudiera pensarse que los sujetos en él mencionados no poseen una regulación penal específica que les prohíba emitir opiniones o informaciones lesivas a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que los tipos penales que regulan los delitos, por ejemplo, de calumnia y de difamación, son delitos susceptibles de aplicarse a cualquier persona; ahora bien, tal como lo ha afirmado la CrIDH al referirse al principio de legalidad penal, “la tipificación penal de una conducta debe ser *clara y precisa*,” lo cual implica “una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables

con medidas no penales” (Caso Kimel vrs. Argentina, párrs. 77 y 63).

En consecuencia, *cualquier persona, incluidos los sujetos que eran excluidos de responsabilidad penal en el inc. 3° del art. 191 del C. Pn., puede ser sometida a una sanción penal cuando la conducta reprochable se adecue a los tipos regulados en la legislación penal*. Y es que —como reiteradamente se ha señalado— el art. 6 inc. 1° frase 2a *in fine* del C. Pn., establece claramente que cualquier persona deberá responder por los delitos cometidos, no estableciendo ninguna exclusión que permita concluir que cierto grupo de personas no responderán penalmente por las conductas que vulneren los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y artículos 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1° y 144 inciso 2° de la Constitución; y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 191 del Código Penal, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial n° 105, tomo n° 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el Decreto Legislativo n° 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. n° 217, tomo n° 365, de 22-XI-2004, consistente en la violación a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que dicho inciso admite una interpretación conforme con la Constitución, según lo expuesto en el Considerando VII de esta Sentencia.

2. *Declárase que* el tercer inciso del art. 191 del Código Penal, emitido y reformado por los Decretos Legislativos antes mencionados, *es inconstitucional*, por violar los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.

...

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA IMPLICA
QUE LA REVISIÓN DE DECISIONES
QUE DENIEGAN EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN
SEA ESPECIALMENTE RIGUROSA

Sinopsis: La presente sentencia se refiere a un recurso de reconsideración resuelto por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo en México. Mediante este recurso, varias personas impugnaron una decisión emitida por la Magistrada Instructora del referido Tribunal a través de la cual desechó una demanda de nulidad, por considerar que fue presentada de manera extemporánea. La Magistrada tomó en consideración la fecha en que dichas personas se manifestaron conocedoras de los actos administrativos dejando de valorar la existencia de una notificación.

El Tribunal hizo referencia al contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho fundamental de un recurso judicial efectivo, breve y sencillo. Al respecto, indicó que éste no es otra cosa que el conocido derecho a la tutela judicial efectiva dentro del ámbito del sistema jurídico mexicano, que se puede ubicar dentro de un ámbito constitucional en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se compone de un contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado Mexicano una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, el Tribunal señaló que al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando la concurrencia de una causa legal que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Sin embargo, el Tribunal consideró que dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción, su revisión se debe de realizar de forma especialmente intensa, más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente. En tal sentido, indicó que dicho control procede a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, el cual rige principalmente en la interpretación que se realiza para asegurar el acceso a la justicia. Este principio que busca que la persona pueda acceder a los mecanismos de tutela de sus derechos, donde las condiciones o limitaciones que la ley pueda establecer para el acceso al recurso o juicio deban ser interpretadas de manera tal que se optimice al mayor grado la efectividad del derecho y pueda ser iniciado el mayor número de procesos.

En ese sentido, el Tribunal determinó que si bien las personas señalaron que tuvieron conocimiento del acto el día en que se les impuso la multa —la cual fue cubierta—, ello no es razón para omitir la consideración de que tuvieron conocimiento por medio de una notificación personal realizada por la autoridad. Así, se está ante la posibilidad de la aplicación de posturas que son contrastantes, donde la primera contiene un rigorismo a la formalidad establecida en el Código de Justicia Administrativa del Estado, para establecer el momento en que los actores tuvieron conocimiento de los actos impugnados, en tanto que la segunda establece el conocimiento de los actos impugnados a través de una notificación. En aplicación del principio *pro actione*, el Tribunal consideró esta segunda postura como aquella razón que favorece la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, declaró procedente la admisión de la demanda.

EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION REQUIRES THAT THE REVIEW OF DECISIONS THAT DENY ACCESS TO A COURT OF LAW BE ESPECIALLY RIGOROUS

Synopsis: The instant judgment refers to an application for reconsideration solved by the Administrative Tribunal of the State

of Michoacán de Ocampo in Mexico. By means of this application, several people appealed a decision rendered by the Examining Judge of said Tribunal by which the judge dismissed a petition for nullification based on that it was untimely filed. The Examining Judge took into account the date on which several people stated having learnt about the administrative acts and did not consider the existence of a notice.

The Tribunal made reference to the content of article 25.1 of the American Convention on Human Rights, which provides for the fundamental right to an effective, simple and judicial recourse to a competent court. In this respect, it indicated that this right is nothing else but the right to an effective judicial protection within the realm of the Mexican legal system, which may be situated, within the constitutional realm, in article 17 of the Political Constitution of the United Mexican States, and it has an essential and primary content that is to obtain, from the judicial bodies of the Mexican State, a well-grounded decision based on the Law regarding the merits of the petitions duly filed by the parties. However, the Tribunal pointed out that, given it is a social right of a legal nature, its exercise and waiver are conditional upon the combination of prerequisites and requisites established by the legislator for each sector of the legal system; therefore, the right to an effective judicial protection is equally satisfied when the judicial bodies render a decision on rejection or a merely procedural decision, evaluating the existence of a court case that, in turn, does not violate the essential content of the fundamental right.

However, the Tribunal considered that given the importance attributed to the decisions by which access to jurisdiction is denied, in view of the judicial protection, such decisions must be thoroughly revised, apart from ensuring they were not decisions based on arbitrary or unreasonable grounds or errors. In this regard, it indicated that said control is exercised through the criteria established by the *pro actione* principle, which mainly governs the interpretation made to ensure access to justice. Through this principle the individual may have access to the mechanisms of protection of its rights, where the conditions or the limitations the law may establish for the access to a recourse or proceeding must be interpreted so as to make as effective as possible such right and to allow the institution of several proceedings.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

To this end, the Tribunal determined that even though the persons indicated that they learnt about the act on the day the fine was imposed on them - which was paid- that is not the reason why to fail to mention that they learnt about it by means of a personal notification served on them by the authorities. Hence, there is the possibility of applying contrasting opinions, where the first contains a rigorism to the formality established in the Code of Administrative Justice of the State, to determine the moment the plaintiffs learnt about the contested acts; and the second position determines the learning of the contested acts by means of a notification. In application of the pro actione principle, the Tribunal considered this second position as the reason that favors the enforcement of the right to effective judicial protection. Therefore, it declared the admission of the application.

TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA
DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO
MÉXICO

RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
EXPEDIENTE JA-R-0058/2010-I
RECURRENTE: GUMESINDO GARCÍA MORELOS

SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2010

...
VISTOS para dictar sentencia en el **Recurso de Reconsideración JA-R-0058/2010-I**; y,

RESULTANDO

PRIMERO. En escrito presentado el tres de agosto de dos mil diez, ante la Oficialía de Partes de este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, **Gumesindo García Morelos** en cuanto autorizado de los actores en términos del primer párrafo del artículo 198 del Código de Justicia Administrativa del Estado, interpuso recurso de reconsideración en contra del auto del trece de julio de dos mil diez, dictado por la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia de este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, dentro del juicio administrativo JA-0242/2010-III, mediante el que se desechó de plano la demanda.

SEGUNDO. El recurso de reconsideración fue presentado dentro del término establecido en el artículo 299 del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo,

ya que el proveído recurrido se notificó el catorce de julio de dos mil diez, por lo que surtió efectos el quince, y el respectivo término comenzó el dieciséis de julio y feneció el tres de agosto de dos mil diez; siendo declarados como inhábiles los comprendidos del diecisiete al treinta y uno de julio de dos mil diez por ser sábado y domingo, así como por ser los días que este órgano jurisdiccional disfrutó del período vacacional; es decir, fue presentado dentro del plazo concedido para ese efecto.

...

CONSIDERANDO

PRIMERO. Este Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán de Ocampo, es competente para conocer y resolver en Pleno el presente recurso de reconsideración, atento a lo dispuesto en los artículos 155 fracción II, 159 fracción I, 163 fracción I, 298 fracción I y II y 301 del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, así como del diverso 8 fracción VI del Reglamento Interior de este Tribunal.

...

QUINTO. Por cuestión de metodología jurídica y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 274 del Código de Justicia Administrativa del Estado, esta Sala del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, se avoca al estudio conjunto de los argumentos relacionados con los agravios que el recurrente hace valer dentro de su recurso, relativos al desechamiento de la demanda por la configuración de la causal de improcedencia prevista en el artículo 205, fracción IV, en relación con el 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado, que consisten en:

a. La inexacta aplicación del artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado, al no haber sometido a los estándares de protección del debido proceso y ni del acceso al recurso judicial efectivo.

b. La violación al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho de contar con un recurso judicial efectivo, breve y sencillo; por tanto, se

debe acceder a éste en aras de la tutela jurisdiccional y el cómputo inexacto se torna en una interferencia judicial en el derecho prestacional.

c. Las reglas procesales deben configurarse conforme a los principios del debido proceso y de los recursos judiciales efectivos, cuando el objeto del control resulte de conductas sumamente graves y lesivas directamente de los valores inherentes a las sociedades democráticas. A todo regla corresponde excepciones, los cuales dependen de los actos administrativos y la situación concreta de los afectados frente a las conductas gubernativas.

d. La interpretación realizada en la aplicación del artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado, contraviene el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el principio *pro homine*.

e. El trato que debió dárseles jurídicamente a los afectados es, como partes por equiparación, al devenir de un procedimiento administrativo sancionado, en el que se deben respetar las formalidades del proceso; por tanto, los efectos del conocimiento del acto administrativo deben equipararse al de la notificación, al ser la interpretación más idónea en el supuesto planteado.

f. El acto administrativo de sanción proviene de una “falta a la moral”, la cual es un pena inusitada, pero que en su imposición no se observaron las garantías procesales de juicio previo; sin embargo, ello no significa que se evada de las formalidades para su validez, como es la notificación, en los términos de los artículos 16, 86 y 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado.

g. En la interpretación de la norma sistemática, debe ser en el sentido del mayor beneficio al gobernado.

h. El hecho de la comparecencia a la oficina administrativa y el conocimiento inmediato de la resolución o acto administrativo, debe equipararse a las formalidades de la notificación personal.

i. El conocimiento del acto administrativo fue inmediato porque se encontraban bajo arresto administrativo, afectándose la

libertad personal; por tanto, debe equipararse a una notificación con todos sus efectos.

j. Además, los demandantes deben ser considerados materialmente como partes por equiparación dentro del acto recurrido.

k. La privación del debido proceso no convalida la ausencia de notificación formal, la cual queda subsanada materialmente en este caso, por las circunstancias particulares.

...

Para comprender el origen del presente recurso, es necesario señalar los antecedentes de hecho que son la base de la controversia y que los actores narran en su escrito de demanda.

- El sábado doce de junio de dos mil diez, los ahora actores participaron en la marcha mundial ciclomundo, en esta ciudad de Morelia, Michoacán;
- Con motivo de esa participación, a las 18:45 dieciocho horas con cuarenta y cinco minutos elementos de la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito del Estado, les cerraron el paso y los dirigieron a la denominado “barandillas”.
- El catorce de junio de dos mil diez, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado, realizó una entrevista televisiva, donde se informó que fue una interferencia policial para persuadir a los manifestantes.
- Contra dichos actos se presentó la demanda de nulidad el cinco de julio de dos mil diez, ante la Secretaría General de Acuerdos de este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado.
- El cinco de julio de dos mil diez, la Magistrada Instructora pronuncia acuerdo mediante la cual se tuvo por recibida la demanda y se emitió un requerimiento.
- El actor dio cumplimiento a la prevención mediante escrito del trece de julio de dos mil diez, por lo que con esa misma fecha se emitió acuerdo por parte de la Magistrada Instructora en la que se desecha la demanda.

En un primer argumento, señalado con la letra **b**, el actor manifiesta una violación al artículo 25.1 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho de contar con un recurso judicial efectivo, breve y sencillo; por tanto, se debe acceder a éste en aras de la tutela jurisdiccional y el cómputo inexacto se torna en una interferencia judicial en el derecho prestacional.

Argumento que en vía de agravio se formula, que este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado estima infundado.

El recurrente señala que en la emisión del acuerdo del trece de julio de dos mil diez, emitido por la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia, se realizó un computo inexacto del término de los quince días que establece el artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado.

Sin embargo, contrario a lo argumentado por el recurrente, se considera que de autos no se desprende lo inexacto del computo del término de los quince días, toda vez que la Magistrada Instructora señaló textualmente que *el término de quince días para presentar la demanda inició el día lunes catorce de junio, al día viernes dos de julio, ambos del dos mil diez, descontándose los días diecinueve, veinte, veintiséis y veintisiete de junio del año en curso, por ser inhábiles, por corresponder a sábados y domingos*; esto es, partió el computo de los quince días hábiles bajo el segundo supuesto de la norma citada, que lo es del catorce de junio de dos mil diez.

En las relatadas condiciones, tenemos que no existe un computo inexacto, sino una apreciación incorrecta a cargo de la Magistrada al tomar exclusivamente en consideración la fecha en que el actor se manifestó conocedor del acto, dejando de valorar la existencia de una notificación; si bien en cierto contexto su pronunciamiento sobre la inadmisión de la demanda es desacertado, no implica la violación del artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

Por otra parte, en el argumento señalado con la letra **c** el recurrente señala que las reglas procesales deben configurarse conforme a los principios del debido proceso y de los recursos judiciales efectivos, cuando el objeto del control resulte de conductas sumamente graves y lesivas directamente de los valores inherentes a las sociedades democráticas. A todo regla corres-

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

ponde excepciones, los cuales dependen de los actos administrativos y la situación concreta de los afectados frente a las conductas gubernativas.

Agravio que se considera infundado.

Deviene lo infundado del agravio, al no proveer el Código de Justicia Administrativa del Estado los casos de excepción a las reglas procesales relativas a la admisión de la demanda fuera del término establecido en el artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado, lo que no implica contravención al derecho convencional suscrito por el Estado mexicano.

Por el contrario, la debida aplicación de las reglas procesales da como resultado el acceso a la justicia, como se puede apreciar en consideraciones posteriores de este fallo, lo que permite pronunciar a esta Sala que la debida aplicación del artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado lejos de contravenir lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos en la parte relativa a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia), se encuentra debidamente armonizada con dichas normas convencionales.

En base a lo anterior, es por lo que se considera infundado el concepto de violación estudiado.

En otro argumento, vía agravio distinguido con la letra *f*, el recurrente señala que el acto administrativo de sanción proviene de una “falta a la moral”, la cual es un pena inusitada, pero que en su imposición no se observaron las garantías procesales de juicio previo; sin embargo, ello no significa que se evada de las formalidades para su validez, como es la notificación, en los términos de los artículos 16, 86 y 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado.

Agravio que se estima inoperante.

Lo anterior es así, ya que en el presente recurso se estudia lo relativo a las consideraciones vertidas dentro del acuerdo trece de julio de dos mil diez, emitido por la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia de este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, donde determinó desechar la demanda, más no así las cuestiones de fondo que son propias de una sentencia.

En ese sentido, se puede inferir del argumento que realiza el recurrente que aborda cuestiones que son propias de una cuestión de fondo, no así del recurso que únicamente aborda sobre la correcta o incorrecta determinación de la Magistrada de Instrucción.

Más sin embargo, los aspectos del medio por el cual tuvieron conocimiento los actores del acto impugnado en el juicio principal se abordaran con posterioridad.

En un diverso argumento que en vía de agravio hace valer el actor, especificado con la letra *e*, señala que el trato que debió dárseles jurídicamente a los afectados es, como partes por equiparación, al devenir de un procedimiento administrativo sancionador, en el que se deben respetar las formalidades del proceso; por tanto, los efectos del conocimiento del acto administrativo deben equipararse al de la notificación, al ser la interpretación más idónea en el supuesto planteado.

Además, con el argumento *j*, señala que los demandantes deben ser considerados materialmente como partes por equiparación dentro del acto recurrido.

Son parcialmente fundados los agravios, en base a las consideraciones jurídicas siguientes.

La figura jurídica de parte por equiparación, dentro de un procedimiento administrativo, no existe, ya que el Código de Justicia Administrativa del Estado en su artículo 51, regula como parte únicamente al particular que promueva como titular de derechos o intereses legítimos, o aquél cuyo interés legítimos pueda resultar directamente afectado por la decisión que en un procedimiento se adopte.

En consecuencia, la figura jurídica de parte por equiparación no es aplicable dentro del procedimiento administrativo que se regula dentro del Código de Justicia Administrativa del Estado, sino simplemente la del particular.

Sin embargo, es fundado lo relativo al argumento de los efectos del conocimiento del acto administrativo deben equipararse al de la notificación, tal y como se desarrollara en líneas posteriores.

Por otra parte, se consideran *fundados* los agravios señalados con las letras **a, d, g, h, i, k** que en términos generales el actor argumenta que el conocimiento del acto se realizó a través de una notificación, por considerarse la información de la autoridad, como una notificación.

Para sustentar lo anterior, es necesario citar el contenido del artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado, que señala:

Artículo 223. *La demanda deberá formularse por escrito y presentarse ante el Tribunal dentro de los quince días hábiles siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación del acto impugnado; o en que el afectado haya tenido conocimiento de él o de su ejecución, o se haya ostentado sabedor del mismo, cuando no exista notificación legalmente hecha.*

En caso de negativa ficta, la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo mientras no se dicte resolución expresa.

El dispositivo citado establece que el plazo para promover la demanda de nulidad será de quince días hábiles y éstos se deben contar a partir del día siguiente a aquel en que:

- a.** Se hubiese notificado al afectado el acto impugnado;
- b.** El afectado hubiera tenido conocimiento; o,
- c.** El ostentarse sabedor del acto impugnado, o de su ejecución.

Ahora bien, para el cómputo de los plazos referidos es necesario establecer únicamente que se debe entender por notificación y conocimiento del acto, ya que estos son los puntos de contradicción sobre los cuales se basa el presente recurso, ya que ello influye en la determinación del inicio del cómputo del término de los quince días para la presentación de la demanda.

Por tanto, de los supuestos contenidos en el precepto legal antes transcrito, se encuentra el que se refiere a la notificación, la cual constituye un medio de comunicación procesal entre la autoridad y las partes o los terceros, así como entre autoridades; la notificación en sí, es el acto mediante el cual, de conformidad con las formalidades legales preestablecidas, se hace saber un acto o resolución administrativa a la persona que se

reconoce como interesado, o se le requiere para que cumpla con un acto procesal, por medio de los diferentes medios.

En tal virtud, no cabe duda que cuando el citado artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado se refiere a la notificación, desde luego que tiene que ver con el medio de comunicación procesal en los procedimientos en los que existe establecido ese medio legal para dar a conocer un acto o resolución y las personas que siendo parte en dicho procedimiento, puedan ser notificadas.

En otro aspecto, al mencionarse en dicho precepto, el conocimiento del acto reclamado, inmediatamente es para distinguirlo de la notificación, o sea para referirse a diversos medios ajenos a la misma, esto es, a procedimientos en que no exista ese medio legal de dar a conocer el acto o resolución y a las personas que no siendo parte en el procedimiento, por tal razón, no son notificadas aunque establezca ese medio de comunicación procesal o lo sea ilegalmente.

Por tanto, la primera hipótesis referida a la notificación del acto o resolución, deberá considerarse idónea para los casos en que el acto derive de procedimientos que contemplen el medio de la notificación, en relación con las partes que intervienen en él.

En cambio, tratándose de la segunda hipótesis, se debe aplicar generalmente a los procedimientos en que no existe ese medio legal de comunicación procesal, de dar a conocer el acto o resolución y también a las personas que no siendo partes en un procedimiento, aunque lo establezca, no pueden ser notificadas por dicha circunstancia, de no ser o no haber sido parte en el mismo.

Ahora bien, si existe procedimiento para el arresto en los ello en sus artículos 119, fracción III, 120 y 121, del Código de Justicia Administrativa del Estado, que establecen:

Artículo 119. *Las sanciones administrativas podrán ser precautorias y deberán estar previstas en las normas respectivas y a falta de éstas, podrán aplicarse, alternada o conjuntamente, las siguientes:*

...

III. Arresto hasta por treinta y seis horas;

...

Artículo 120. *Sin perjuicio de lo establecido en las normas aplicables, en caso de reincidencia se podrá duplicar la multa impuesta.*

Artículo 121. *Para la imposición de sanciones, la autoridad administrativa competente iniciará el procedimiento administrativo sancionador, concediendo tres días hábiles al particular para que exponga lo que a su derecho convenga, y en su caso, aporte las pruebas que considere pertinentes. Dentro de los tres días hábiles siguientes la autoridad citará a la audiencia de desahogo de pruebas, alegatos y resolución.*

Disposiciones normativas que se complementan con lo establecido por el artículo 86 del Código de Justicia Administrativa del Estado, que regula el momento bajo el cual comienza a surtir efectos las notificaciones realizadas en los procedimientos administrativos, al establecer:

Artículo 86. *Los términos se contarán por días hábiles, salvo disposición legal en contrario. Empezarán a correr a partir del día hábil siguiente al en que surtan sus efectos las notificaciones respectivas.*

Los términos podrán suspenderse por causa de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente fundada y motivada por la autoridad competente.

La autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte interesada, podrá ampliar los términos y plazos establecidos, sin que dicha ampliación exceda en quince días hábiles del plazo previsto en el artículo 28 de este Código, cuando así lo exija el asunto y no se perjudiquen los derechos de los interesados o de terceros. De existir oposición de parte, no procederá la ampliación.

En el supuesto establecido por los actores en el juicio de origen, tenemos que al haber señalado que tuvieron conocimiento del acto el doce de junio del dos mil diez en la cual se le impuso una multa, la cual fue cubierta ante la Dirección de Ingresos de la Secretaría de Finanzas y Administración del Gobierno del Estado, como lo acreditó con los formatos múltiples de pago de

contribuciones estatales y federales, con número folio 5566775, 5566785, 5566786, 5566792, 5566790, 5566788, 5566795, 5566798, 556776, 5566791, 5566791, 556679, 5566789, ello no es razón para omitir la consideración que tuvieron conocimiento por medio de una notificación personal realizada por la autoridad.

Lo anterior es así, ya que como se señaló, una nota distintiva que se debe considerar que se tuvo conocimiento del acto por medio de la notificación del acto impugnado, es cuando el acto derive de procedimientos que contemplen el medio de la notificación, en relación con las partes que intervienen en él.

Tiene aplicación en lo conducente, la tesis número III.4o.A.52 A, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, del septiembre de dos mil ocho, página 1374, cuyo rubro y texto indican:

NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO EN EL JUICIO DE NULIDAD. MOMENTO EN QUE SURTE EFECTOS CUANDO EXISTEN EXPRESIONES QUE PUDIERAN RESULTAR CONTRADICTORIAS EN LA DEMANDA, EN CUANTO A LA FECHA EN QUE EL ACTOR DIJO CONOCER AQUÉL. *El artículo 135 del Código Fiscal de la Federación establece dos hipótesis en que la notificación del acto administrativo surte efectos: 1) al día hábil siguiente en que se realice formalmente por el actuario o notificador y, 2) desde la fecha en que el interesado o su representante legal manifieste tener conocimiento del acto administrativo, si ésta es anterior a aquella en que deba surtir efectos la notificación. Lo indicado permite sostener que la segunda hipótesis se actualiza cuando en la demanda del juicio de nulidad el actor confiesa haber conocido el acto administrativo impugnado antes de la fecha que obre en las constancias notificatorias relativas, pudiendo generarse así la extemporaneidad de aquélla; sin embargo, este segundo supuesto no es aplicable cuando, además de afirmar lo anterior, agrega la frase: “tal y como se aprecia en las constancias de notificación debidamente anexadas” u*

otra similar. Ello es así, porque a pesar de que al estar ante una expresión que pudiera resultar contradictoria en cuanto a la fecha en que declaró conocer el acto impugnado, debe atenderse a su dicho en conjunto; luego, no es posible tomar solamente la parte que afecta al gobernado, ya que la interpretación de lo que era su intención manifestar, debe atender a un examen integral de lo expresado por él, es decir, no puede dividirse su confesión en su perjuicio, ya que no se está ante una exposición de hechos diferentes que puedan desvincularse. En esas condiciones, ante tal ambigüedad, lo que debe prevalecer es el momento que se aprecia de las constancias de notificación anexas y, por tanto, la notificación surte efectos al día hábil siguiente en que fue hecha.

Criterio adoptado que se robustece, en términos del derecho convencional de los derechos humanos que regula la obligación de los Estados firmantes el que todas las personas arrestadas deben ser notificadas del acto y sus efectos.

Esto, tal y como se contiene de las disposiciones del *CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN*, que derivan de la resolución 43/173, nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en el cual se establece en su principio 10, lo siguiente:

Principio 10. *Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.*

En ese mismo ordenamiento supranacional, se establece que por arresto se entiende “*el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad*”.

Ordenamiento supranacional que se complementa con el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a la detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas en la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

En consecuencia, tenemos que el hecho de que las autoridades les hayan informado la supuesta infracción por los que fueron privados de la libertad los ahora recurrentes y la multa para poder obtener su libertad, se entiende que cumplieron con el principio citado, en lo que refiere a la obligación de notificar sin demora la causa del arresto, la cual fue realizada el doce de junio de dos mil diez. Esto es así, ya que al quedar señalado que la notificación debe estar ordenada en un ordenamiento jurídico para que pueda considerarse como tal, luego, al encontrarse dicha obligación en la norma supranacional citada se tiene que lo realizado por las autoridades fue propiamente una notificación.

Además, el propio Código de Justicia Administrativa del Estado señala un procedimiento determinado para imponer el arresto como una sanción,

De ahí, que en términos del artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado se debe entender que el acto impugnado fue notificado el doce de junio de dos mil diez y surtió efectos el día hábil siguiente, que lo es el catorce del mismo mes y año; luego, el lapso de quince días comenzó a contarse a partir del día quince de junio y feneció el cinco de julio de dos mil diez, descontándose los días trece, diecinueve, veinte, veintiséis, veintisiete de junio, tres y cuatro de julio de dos mil diez, por ser inhábiles, por corresponder a sábados y domingos.

...

Sin que pase desapercibido para esta Sala el hecho de que en dicha notificación no se encuentren las formalidades expresadas en la ley, lo cual no cambia la denominación del acto procesal y es potestad de los actores el impugnar su ilegalidad si consideran que existió una violación en su esfera jurídica de la forma en que se realizó, pero no repercute para cambiar de un supuesto a otro, de los contemplados en el artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado.

Por tanto, esta resolución se basa en una interpretación que tiende a facilitar al particular el acceso a la justicia que este órgano de control de legalidad imparte y con ello pueda aportar los elementos en que funde su derecho para sostener la ilegali-

dad de los actos reclamados, es decir que la interpretación de mérito no se aparta de los principios fundamentales que norman el debido proceso legal, pues guarda un equilibrio procesal entre las partes al allanar el camino al particular para que pueda defenderse en contra de los actos de autoridad que estime contrarios al conjunto de normas nacionales y supranacionales citadas en su escrito de demanda.

Robustece la posición adoptada el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho fundamental de un recurso judicial efectivo, breve y sencillo que a criterio de este órgano jurisdiccional no es otra cosa que el conocido derecho a la tutela judicial efectiva dentro del ámbito del sistema jurídico mexicano, que lo podemos ubicar dentro de un ámbito constitucional en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto de éste principio estimado violado, es necesario recalcar que se compone de un contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado Mexicano una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

No obstante, al ser un derecho prestacional (como el mismo recurrente lo señaló en su recurso) de configuración legal su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando la concurrencia de una causa legal que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental, como sucedió en el presente supuesto.

Sin embargo, dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción, su revisión se debe de realizar de forma especialmente intensa, más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente. Dicho control procede a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, entendido no como

la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican.

El principio *pro actione* deriva del *pro homine*, pero por sus peculiaridades rigen principalmente en la interpretación que se realiza para asegurar el acceso a la justicia; busca, de esa manera, que la persona pueda acceder a los mecanismos de tutela de sus derechos, donde las condiciones o limitaciones que la ley pueda establecer para el acceso al recurso o juicio deban ser interpretadas de manera tal que se optimice al mayor grado la efectividad del derecho y pueda ser iniciado el mayor número de procesos.

En ese sentido, tenemos que dentro del supuesto planteado en el presente recurso encontramos dos posturas relativas al conocimiento del acto impugnado, que son:

a. Donde se establece que los actores tuvieron conocimiento de los actos impugnado el día doce de julio de dos mil diez, la cual surte efectos el mismo día y comienza a partir del día primero hábil siguiente que fue el catorce.

b. El conocimiento de los actos impugnados, se realizó a través de una notificación; y, por consecuencia, surten sus efectos el catorce de junio de dos mil diez y el cómputo de los quince días comienza el quince del mismo mes y año.

En ese sentido, tenemos que ante la posibilidad de la aplicación de ambas posturas que son contrastantes, donde la primera contiene un rigorismo a la formalidad establecida en el Código de Justicia Administrativa del Estado; en tanto, que la segunda, aplicando el principio *pro actione*, se entiende como aquella razón que favorece la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o en términos del artículo 1º del Código de Justicia Administrativa del Estado, que garantiza su acceso a la justicia administrativa del Estado.

Por tanto, en aras del respecto del derecho a la tutela judicial efectiva a favor de los actores, lo procedente es la admisión de la demanda respecto de esos aspectos.

...
SSEXTO. En relación a los agravios expuestos por el recurrente, relativos al acuerdo del trece de julio de dos mil diez, donde se determinó desechar la demanda en relación al acto relativo a la entrevista realizada por la Secretaría de Seguridad Pública del Estado en CBTelevisión el día catorce de junio de dos mil diez, el recurrente manifestó que es un acto de autoridad, susceptible de analizarse mediante el proceso administrativo sujetándose a las formalidades compatibles con el debido proceso.

Es sustancialmente *FUNDADO* el argumento esgrimido con este carácter.

Esto es así, en primer término porque los supuestos establecidos en el artículo 205 del Código de Justicia Administrativa del Estado son excepciones a la regla general, para la procedencia del proceso contencioso administrativo como medio de control de los actos de autoridad, que vulneren la esfera jurídica de los particulares, los cuales deben ser manifiestos e indudables.

Por manifiesto debe entenderse lo que se advierte en forma patente, notoria y absolutamente clara; y por indudable, que se tiene la certeza y plena convicción de alguna idea o hecho, esto es, que no puede ponerse en duda por lo claro, seguro y evidente que es.

En esos términos, para los efectos del desechamiento de la demanda, un motivo de improcedencia manifiesto e indudable es aquel que está plenamente demostrado, es decir, que se ha observado en forma patente y clara, ya sea de la lectura del escrito de demanda, de los escritos aclaratorios o de los documentos que se anexan a esas promociones.

Además, para cumplir con estos extremos, debe tenerse la certeza y plena convicción de que la causa de improcedencia que se advierte, se actualiza en el caso concreto. De tal modo, que aun en el supuesto de admitirse la demanda y sustanciarse

el procedimiento, no sería posible arribar a una convicción diversa, independientemente de los elementos que pudieran aportar las partes.

De esta manera, para advertir la notoria e indudable improcedencia en un caso concreto, debe atenderse al escrito de demanda y a los anexos que se acompañen, y así considerarla probada sin lugar a dudas, ya sea porque los hechos en que se apoya, hayan sido manifestados claramente por el promovente o en virtud de que estén acreditados con elementos de juicio indubitables, de modo tal que aun en el caso de que se llegara a admitir la demanda, las contestaciones de demanda realizada por las autoridades, los alegatos y las pruebas que éstas y las demás partes hagan valer en el procedimiento no puedan desvirtuar su contenido.

Por tanto, para que un motivo de improcedencia sea manifiesto e indudable, es necesario que de manera clara y patente así se desprenda del escrito de demanda, al grado de que se tenga la certeza y plena seguridad de su existencia, a pesar de las pruebas que posteriormente se aporten.

En sentido contrario, de no actualizarse esos requisitos, es decir, que la causa de improcedencia no sea manifiesta e indudable, o si se tiene duda de su operancia, no debe ser desecharse la demanda o lo relativo al acto, dado que se privaría a los actores de su derecho a instar el juicio contra un acto que pudiera causarle perjuicio en su esfera jurídica de derechos; por tanto, en ese supuesto debe admitirse a trámite la demanda, a fin de estudiar debidamente el tema planteado, sin perjuicio de sobreseer en el juicio si el estudio propio de la sentencia así lo impone legalmente.

Ahora bien, en el acuerdo impugnado la Magistrada Instructora esencialmente señaló que “. . . no constituye un acto administrativo toda vez que la aludida entrevista es una mera opinión o impresión personal que no se crea, modifica, transmite, declara, modifica o extingue ninguna situación jurídica en concreto . . .”; afirmación que contrasta con el de los actores, quienes señalan que es acto de autoridad por provenir precisamente de una autoridad quien realizó dicha declaración en ejercicio

de sus funciones y encargo; por tanto, se considera que no existe un razonamiento determinante bajo el cual se desprenda que es indudable que se está en presencia de un acto diverso de los regulados en el Código de Justicia Administrativa del Estado, por tanto se considera que dicha situación debe ser resuelta hasta sentencia.

Tan es así que está en duda si el acto impugnado puede revestir el carácter de administrativo y si el mismo puede ser juzgado por este Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, ya que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José Costa Rica”, en su artículo 14, apartados 1 y 2, señala:

Artículo 14.- Derecho de Rectificación o Respuesta

1. 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.

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

...

Por tanto, el Estado Mexicano a través de sus órganos jurisdiccionales tienen la obligación de cumplir con dicho dispositivo; en consecuencia, si los actores del proceso contencioso administrativo consideran que es un acto administrativo al provenir de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado y que afecta su esfera jurídica y pretende una rectificación de la información, por tanto, lo procedente es la tramitación del juicio en todas sus etapas, al no existir la certeza de la naturaleza jurídica del acto combatido.

Además, dentro del Estado no existe otro órgano jurisdiccional que juzgue los actos de las autoridades en su relación de supra a subordinación con los particulares y se considera que es el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado el más ad hoc para resolver dicha controversia, por lo cual, de desechar la demanda se estaría negando el acceso a la justicia de las perso-

nas que acudieron ante este Tribunal impugnando dicha actuación de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado.

Por consiguiente, no es posible considerar que exista un motivo de improcedencia absolutamente claro y sin lugar a duda, así como suficiente para desechar de plano la demanda.

Tiene aplicación la jurisprudencia número XVI.1o.A.T. J/16, del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXII, Julio de 2010, página 1697, cuyo rubro y texto indica:

ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO. EL ANÁLISIS DE SI TIENE ESAS CARACTERÍSTICAS ES PROPIO DE LA SENTENCIA. *El artículo 145 de la Ley de Amparo establece que el Juez de Distrito debe desechar una demanda de garantías cuando encuentre un motivo manifiesto e indudable de improcedencia que esté plenamente demostrado, es decir, que se observa en forma patente y clara, ya sea del escrito de demanda, de los escritos aclaratorios o de los documentos que se anexan a esas promociones; de tal modo que aun en el supuesto de admitirse la demanda y substanciarse el procedimiento, no sería posible arribar a una convicción diversa, independientemente de los elementos que puedan aportar las partes. En sentido contrario, de no actualizarse esos requisitos, es decir, que la causa de improcedencia no sea manifiesta e indudable, o si se tiene duda de su operancia, no debe ser desecheda, a fin de allegarse de toda la información proporcionada por las partes en el juicio para estar en posibilidad de estudiar debidamente el tema planteado. Además, el artículo 116 de la citada ley establece, entre otros requisitos, que el quejoso precise el acto que reclama de cada autoridad, sin que se encuentre obligado a probar desde su escrito de demanda la existencia del acto. De ahí que, con independencia de que el estudio de la demanda de garantías y sus anexos reporte que no se justifica hasta ese momento que el acto reclamado sea atribuible a una autoridad para efectos del juicio de amparo, de ninguna manera puede ser considerada como causa indudable*

y manifiesta de improcedencia, ya que ese extremo es susceptible de demostrarse durante el procedimiento, en el cual existe la posibilidad de que se aporten elementos de convicción aptos y suficientes que acrediten lo contrario.

En ese orden de ideas, tenemos que le asiste la razón al recurrente cuando señala que debe respetarse su derecho de tutela judicial a través de la jurisdicción administrativa.

Por lo anterior, resulta innecesario el estudio de los restantes agravios expresados por el recurrente, ya que en nada variaría el sentido de la resolución y no alcanzaría un mayor beneficio del otorgado.

SÉPTIMO. Por todo lo anterior, se considera que los agravios expresados por la parte recurrente, por una parte son *INFUNDADOS*, por otra *INOOPERANTES* y una más *FUNDADOS* para revocar el acuerdo del trece de julio de dos mil diez, tomando en consideración que esta Sala no comparte la interpretación realizada por la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, relativa a la aplicación de la causal de improcedencia del acto impugnado en relación con el artículo 223 del Código de Justicia Administrativa del Estado y por considerar que se no es manifiesta la causal de improcedencia invocada para sobreseer el juicio administrativo, respecto del acto impugnado atribuido directamente a la Secretaría de Seguridad Pública del Estado.

Consecuentemente, se determina remitir los autos a la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, para que emitida un nuevo acuerdo donde tenga a los actores por presentando la demanda dentro del término de los quince días hábiles, tanto en el acuerdo como en la certificación respectiva, asimismo omita realizar consideración alguna sobre si las declaraciones de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado, en entrevista al Noticiero nocturno del doctor Ignacio Martínez del lunes catorce de junio de dos mil diez, a través de CBtelevisión de Michoacán, es un acto administrativo o no.

En mérito de lo expuesto y con fundamento en los artículos 159 fracción I, y 301 del Código de Justicia Administrativa de Michoacán de Ocampo, así como del artículo 8 fracción VI, del Reglamento Interior de este Tribunal dicta los siguientes:

RESUELVE:

PRIMERO. Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente Recurso.

SEGUNDO. Han resultado INOPERANTES por una parte, INFUNDADOS en otra y FUNDADOS en una más, los agravios expresados por la parte recurrente.

TERCERO. Se revoca el acuerdo del trece de julio de dos mil diez, emitido por la Magistrada Instructora de la Tercera Ponencia de este Órgano Jurisdiccional, en base a las consideraciones señaladas en los considerandos del presente fallo.

...

LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO QUE CONFORMAN EL DEBIDO PROCESO TAMBIÉN SON APLICABLES EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Sinopsis: En la presente sentencia la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua resolvió con lugar un recurso de amparo interpuesto en contra de una resolución del Consejo Superior de la Contraloría General de la República. Esta resolución dejó firme una decisión que confirmó la responsabilidad civil del recurrente, ex funcionario de la empresa ENABAS, en solidaridad con otros ex funcionarios. La citada Sala de lo Constitucional consideró que “para el caso concreto”, se había logrado identificar que la auditoría especial realizada a la empresa ENABAS estuvo “estructurada de forma inquisitiva de tal manera que lesionaba derechos y garantías constitucionales”, por lo cual concedió el recurso de amparo solicitado.

Al analizar el recurso planteado, la Sala estableció que el debido proceso implica la intervención de un juez independiente e imparcial, la concesión a la persona imputada y acusada, tanto en el proceso penal como administrativo, el tiempo, medios y condiciones precisas para preparar su defensa, la posibilidad de interrogar y hacer interrogar ante el juez, o ante al funcionario a cargo del proceso administrativo, a los testigos de cargo, la comparecencia y declaración de los de descargo, siendo asistido eventualmente por intérprete, y un juicio oral, público y contradictorio, en especial en la formación de la prueba. Resaltó que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental que permite a todos los justiciables el acceso a la justicia, y que contiene un conjunto de garantías, principios y derechos procesales tales como el de presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable en el proceso, sea jurisdiccional o administrativo, cuyo cumplimiento “garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. En particular, con respecto al derecho a la presun-

GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

ción de inocencia, indicó que éste representa una de las características más significativas del actual modelo del debido proceso, y que el mismo significa que nadie puede ser considerado como culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria firme. En relación al derecho a la defensa, estableció que éste implica que las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, para lo cual debe brindárseles la garantía del contradictorio, sin importar la naturaleza del proceso, pues de lo contrario habría indefensión y nulidad de lo actuado. Por último, en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo, indicó que dicho derecho es una garantía instrumental del más amplio derecho a la defensa en el proceso que tiene como titular exclusivo al imputado o a la persona que, a resultas de la declaración, pudiera autoincriminarse. En este sentido, la declaración del imputado o acusado no es ni debe ser considerada como medio de prueba, sino como un medio de defensa. En este punto, la Sala estableció que toda autoridad jurisdiccional o administrativa debe advertirle al imputado y al acusado que tiene el derecho constitucional a guardar silencio, a no declarar y a que su silencio no generará ninguna consecuencia que le sea perjudicial, y que si lo desea hacer, no está obligado a declarar bajo promesa de ley. En este sentido, su declaración no será considerada medio de prueba. Esta garantía es potestativa del imputado o acusado por lo cual, si decide declarar, podrá hacerlo de acuerdo a sus propios intereses y consideraciones estratégicas. Con base en lo anterior, la Sala estimó que al recurrente no se le respetaron las garantías del debido proceso al momento de iniciarse las diligencias en sede administrativa. Al respecto, señaló que la comunicación por la cual se le informó al recurrente de la auditoría especial que se realizaría a ENABAS, y en la que también se le solicitada su comparecencia para rendir declaración testimonial, “vulneraba su derecho a la defensa, técnica y material” en la medida en que no se le advirtió que de la investigación podían resultar perjuicios o responsabilidades administrativas, civiles y penales en su contra; y que tenía que estar acompañado de un abogado que le asistiera y ayudara en la preparación y asesoramiento jurídico del caso. La Sala estimó que el derecho a la defensa exige mecanismos materiales que informen, preparen y utilicen cauces que ayuden al imputado a conocer la trascendencia jurídica del proceso aplicado en su contra, y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL

así llegar a una justicia material, real y efectiva. Asimismo, la Sala determinó que el procedimiento administrativo ante la Contraloría General de la República también había lesionado el derecho del recurrente de no declarar en su contra al no garantizársele el derecho a la defensa antes mencionado, “edificándose un estado inculpatario y de autoincriminación sobre los hechos investigados”. Si el imputado no conoce la investigación que pende sobre él, de forma inconsciente aporta materiales y elementos probatorios sobre los cuales se sustenta su culpabilidad. La Sala de lo Constitucional resaltó que “la obligación constitucional de luchar contra actos de corrupción, [...] debe de realizarse bajo el imperio de la ley y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”, puesto que de lo contrario todo esfuerzo por combatir la corrupción u otros hechos delictivos “se deslegitima, creando fisuras en el Estado de Derecho”.

Al analizar el contenido del derecho al debido proceso la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se remitió, entre otros, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

THE ACCUSED’S GUARANTEES
OF DUE PROCESS ARE ALSO APPLICABLE
TO ADMINISTRATIVE MATTERS

***Synopsis:** In the instant judgment, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Nicaragua admitted an appeal for legal protection filed against a resolution issued by the Superior Council of the Comptroller General of the Republic. This resolution upheld a decision confirming the civil liability of the appellant, a former official of ENABAS, who had joint and several liability together with other former officials. Said Constitutional Chamber considered that “for this specific case”, it was possible to determine that the special audit performed in ENABAS was “curiously structured in such a way that it in-*

GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

fringed on constitutional rights and guarantees". For that reason, the constitutional recourse (amparo) was granted.

Upon analyzing the remedy filed, the Chamber established that the due process implied the intervention of an independent and impartial judge; the guarantee by which the accused, both in a criminal and administrative proceeding, is entitled to the adequate time and means for the preparation of his defense; the possibility of examining witnesses before a court or an official in an administrative proceeding; the right to appear before a court and make a statement, assisted by an interpreter if necessary and the right to have an adversarial and public oral proceeding, specially when gathering evidence. It emphasized that the due process is a fundamental guarantee and right according to which everyone is entitled to have access to justice and that it contains a set of procedural guarantees, principles and rights such as the presumption of innocence, the right of the accused to defend himself and the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty, both before a court or in an administrative proceeding, which compliance "ensures the effectiveness of the right to an effective protection". As to the right to be presumed innocent, it indicated that it represents one of the most significant characteristics of the current model of the due process and that such model means that no one shall be guilty unless a final condemnatory judgment is delivered against him. In relation to the right to defense, it determined that it implies that the parties must have the opportunity to allege and prove their rights and interests, for which they must be entitled to an adversarial proceeding, no matter the nature of the proceeding. Otherwise, the parties would be defenseless and the proceeding would be null. Lastly, in relation to the right not to be compelled to be a witness against oneself, it indicated that said right is an instrumental guarantee of the right to defend oneself in a proceeding, the exclusive holder of which is the accused or the person that, as a result of the statement, could self-incriminate. To this end, the statement of the accused is not and should not be considered as a means of proof, but as a means of defense. In this regard, the Chamber established that all judicial or administrative authority must warn the accused that he has the constitutional right to remain silent, that he is not obliged to make a statement and that his silent shall not bear any consequences detrimental to him and that, if the accused wishes so, he is not obliged by law to

make a statement. Therefore, his statement shall not be considered to be a means of proof. This guarantee is exercised at the accused's discretion; therefore, should the accused chooses to make a statement, he may do so according to his own interests and strategic considerations.

Based on the foregoing, the Chamber deemed that the appellant was not given the due process guarantees at the moment the administrative proceedings were instituted. In this respect, it pointed out that the communication by which the appellant was informed of the special audit to be performed in ENABAS and in which he was also summoned to render a testimony, "violated the right to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing" insofar as he was not warned that the investigation may result in prejudgments or administrative, civil or criminal liability; and that he could be assisted by an attorney in order to prepare his defense for the case. The Chamber deemed that the right to defend oneself calls for material mechanisms to inform, prepare and use channels so that the accused may learn the judicial relevance of the proceedings instituted against him and in this way, the accused may have access to real and effective justice. Moreover, the Chamber determined that the administrative proceeding instituted before the General Comptroller of the Republic has also infringed on the right of the appellant not to be compelled to be a witness against himself by failing to ensure him the right to defend before mentioned, "resulting in self-incrimination in relation to the facts under investigation". If the accused is not informed of the investigation that is being conducted against him, he unconsciously provides evidence on which his guilt is based. The Constitutional Chamber emphasized that "the constitutional obligation to combat acts of corruption, [...] must be subject to the rule of law and the respect for the fundamental rights of the person" given that, otherwise, every effort to combat corruption or other crimes "lacks all legitimacy, fracturing the Rule of Law".

Upon analyzing the content of the right to due process, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice referred to, among others, the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONSTITUCIONAL

RECURSO DE AMPARO INTERPUESTO POR ENABAS
EXP. NO. 574-2009
SENTENCIA NO. 78
10 DE MARZO DE 2010

...

I

Por medio de escrito presentado el día veintidós de mayo del año dos mil nueve [...], por el señor **GUSTAVO ADOLFO NARVÁEZ PICADO**, [...], en su carácter personal y en calidad de ex funcionario de la Empresa Nicaragüense de Alimentos Básicos (ENABAS), interpuso formal Recurso de Amparo en el Honorable Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua, Sala Civil Número Dos, en contra del Consejo Superior de la Contraloría General de la República, [...], por haber emitido Resolución Administrativa No. RIA-058-09, [...], del día diecinueve de marzo del año dos mil nueve, que declaró sin lugar el Recurso de Revisión interpuesto y en consecuencia se dejó firme la resolución RIA-488-08, [...], del día tres de abril del año dos mil ocho, en la que se confirmó el Pliego de Glosas por Responsabilidad Civil número veintisiete (27) a cargo del recurrente en solidaridad con otros ex funcionarios de ENABAS por la cantidad de doscientos noventa y un mil doscientos cuarenta Córdobas (C\$ 291, 240.00) al efectuar pagos a la Secretaría del Programa PL-480, Título III, por faltante de frijol pinto en custodia de ENABAS. Estima el recurrente que con tal Resolución

GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Administrativa del Consejo Superior de la Contraloría General de la República, se lesionan los artículos 4, 24, 25.2, 27, 34, 99, 130, 160, 182 y 183 Cn y solicita la suspensión del acto recurrido. [...] Por todo lo anterior, la Sala receptora que el presente recurso reúne los requisitos formales establecidos en los artículos 23, 25, 26 y 27 de la Ley de Amparo vigente, por lo que debe tramitarse. [...]

II

Ante este Alto Tribunal se personan: La parte recurrente el día diecinueve de agosto del año dos mil nueve, [...], reafirmando cada uno de los puntos estipulados en su Recurso de Amparo [...]. La Procuraduría General de la República a través de su Procuradora Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, Doctora GEORGINA DEL SOCORRO CARBALLO QUINTANA, se persona el día veinte de agosto del año dos mil nueve, [...] Los funcionarios recurridos se personan el día veintuno de agosto del año dos mil nueve [...], y rinden su informe de ley correspondiente el día veintiocho de agosto del año dos mil nueve [...]. Por auto [...], del día diecinueve de enero del año dos mil diez, la Sala Constitucional tiene por personados a la parte recurrente, a los funcionarios recurridos, quienes delegan a la Licenciada ELBA LUCÍA VELÁSQUEZ CERDA para su representación, y a la representante de la Procuraduría General de la República, en autos referida; en consecuencia, se tiene por radicado los presentes Recursos de Amparo. Habiendo rendido el informe los funcionarios recurridos ante esta Superioridad, pase el presente Recurso de Amparo a la Sala para su estudio y resolución, y estando el caso a resolver,

CONSIDERANDO

I

El Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 7 y 130 párrafo 1 Cn) tiene como uno de sus presupuestos fundamentales el reconocimiento, defensa y respeto de los derechos y ga-

rantías fundamentales consignados, en su mayoría, en la Constitución política, en la cual *se configura y estructuran los poderes del Estado que ella misma reconoce, por lo que establece los límites al ejercicio del poder, además de las libertades y derechos fundamentales, junto a sus garantías*, como dice la Profesora de la Universidad de Pinar del Río, Cuba, Liana Simón Otero. Con esto se le otorga a la Carta Magna el carácter de suprallegalidad frente a las demás normas inferiores a ella (incluyendo a las denominadas leyes con carácter constitucional, como la Ley de Amparo), posición que solo se cumple a través de mecanismos de tutela constitucional, conocidas como Justicia Constitucional. Según el profesor y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Rafael Luciano Pichardo, la justicia constitucional tiene, para cumplir sus fines, un desarrollo procedimental que comprende una serie de actuaciones y/o ejercicios conceptuales dirigidos a la interpretación de la Constitución y, si resultara procedente, a la aplicación de la Norma Suprema sobre cualquier disposición procesal que colida con la misma. La doctrina constitucional atribuye tres mecanismos de control en la justicia constitucional y que son, a saber: a) El sistema concentrado, austriaco o Kelseniano. Tiene su origen en el pensamiento del académico austriaco Hans Kelsen, que planteaba la creación de un Tribunal o Corte Constitucional que tiene por finalidad proteger y dar supremacía a la Constitución política y a los derechos fundamentales ahí contenidos, Constitución que, como afirma el profesor español Eduardo García de Enterría, tiene como punto de partida ser una norma jurídica, y no cualquiera, sino la Primera en todas, Lex Superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema. b) El sistema difuso, norteamericano o del judicial “review”. Luis Enrique Chase Plate expresa que este tipo de control constitucional aparece en los Estados Unidos de América, coincidentemente, en la Constitución de 1787, y se traslapa el control o bloque de constitucionalidad a las cortes (tribunales de apelaciones o jueces) con trá-

mites ordinarios produciendo efectos solamente entre las partes. Parafraseando al profesor colombiano Marco Monroy Cabra, esta tesis del Control Constitucional de las leyes nace con la finalidad de la defensa de la supremacía de la Constitución, que la Constitución es la norma suprema, creación jurisprudencial norteamericana en la sentencia del Juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury versus Madison*. En la sentencia de Marshall se planteó la cuestión de que si una ley votada por el congreso y contraria a la Constitución podría continuar siendo aplicada. El juez Marshall proclamó la superioridad jerárquica de la Constitución; y c) El sistema mixto, comprensivo de los sistemas concentrado y difuso, abarca la aplicación del sistema concentrado y difuso. La Ley de Amparo vigente nicaragüense y sus reformas (Ley No. 49) publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 241 del 20 de diciembre de 1988, es una norma jurídica de rango y reconocimiento constitucional que tiene por finalidad el mantener y restablecer la supremacía de la Constitución Política (y no tiene la facultad de contradecirla ni suplantarla), y así se hace ver en los artículos 45, 182, 183, 184, 187, 188, 189 y 190 Cn. De estas disposiciones se desprenden tres mecanismos de control constitucional, ya mencionados, a través del *Recurso de Inconstitucionalidad* (artículo 187 Cn), control constitucional concentrado; *el Recurso de Amparo* (artículo 188 Cn), control constitucional difuso; y *el Recurso de Exhibición Personal o Habeas Corpus* (artículo 189 Cn); siendo una aplicación mixta. En este sentido, el artículo 3 de la Ley de Amparo, en concordancia con el artículo 188 Cn, expresa que: “*El Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política*”, y nunca en contra de la Constitución. La Ley claramente establece el procedimiento que debe seguirse para este tipo de recurso y los requisitos que deben cumplirse para la admisibilidad del mismo [...]. Estos mecanismos de control constitucional que estipula nuestra Carta Magna y la Ley de Amparo, tienen su fuente de nacimiento en buscar como esta-

blecer un cauce legal que consagre y haga respetar los derechos fundamentales consignados en la Primera Norma, en contra de funcionarios o autoridades que emitan actos administrativos o gubernativos lesivos a los mismos.

II

La Contraloría General de la República es un órgano de creación constitucional que tiene por finalidad, orgánica e institucional, el control de la Administración Pública y la Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado y, en consecuencia, le corresponde establecer el sistema de control de manera preventiva que asegure el uso debido de los fondos gubernamentales; el control sucesivo sobre la gestión del Presupuesto General de la República y el control, examen y evaluación de la gestión administrativa y financiera de los entes públicos, los subvencionados por el Estado y las empresas públicas o privadas con participación de capital público (artículos 154 y 155 Cn). También, la Constitución Política, le faculta a la Contraloría General de la República realizar auditorías e investigaciones para cumplir con sus funciones [...].

III

La Sala Constitucional de este Alto Tribunal, por mandato normativo (artículo 34 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 260), puede entrar a conocer y resolver el fondo del asunto de los Recursos de Amparos, es decir in iudicando. En este sentido y para el caso concreto, se logra identificar que en la auditoría especial relacionado con el hallazgo sobre faltante de quintales de frijoles en bodega, propiedad de la Secretaría del Programa PL-480, Título III, realizada en contra del recurrente, en donde se confirma el Pliego de Glosas por responsabilidad civil número veintisiete (27) en su contra en solidaridad con otros ex funcionarios de ENABAS por la cantidad de doscientos noventa y un mil doscientos cuarenta Córdobas (C\$ 291, 240.00), se encuentra estructurada de forma inquisiti-

va de tal manera que lesiona derechos y garantías constitucionales. Estos derechos y garantías constitucionales adquieren compromisos internacionales suscritos por Nicaragua a través de los tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos humanos integrados en el artículo 46 y 71 segundo párrafo Cn., en donde se reconoce la plena vigencia del los instrumentos internacionales y su contenido, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño. Estas disposiciones (artículo 46 y 71 segundo párrafo, Cn), otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto en el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico. La voluntad del Estado de Nicaragua de haber integrados estos principios y normas de Derecho Internacional en materia de Derechos humanos en la Constitución Política, demuestra su voluntad inequívoca de considerar a la persona como eje o valor fundamental de su Estado Democrático y Social de Derecho y, como consecuencia de lo anterior, tiene la finalidad de promover la tutela efectiva y real de los Derechos humanos y los Derechos fundamentales de la persona, para que el Estado, los Poderes del Estado y todas sus instituciones, sin perjuicio de su nivel y naturaleza, los *observen, apliquen, cumplan y respeten* en el ámbito de sus respectiva actividad, sea esta de administración de justicia, administración pública, electoral o de la administración de las regiones autónomas de la Costa Atlántica del país. En estos instrumentos internacionales en materia de Derechos humanos, como afirma el especialista constitucional Florentín MELÉNDEZ, se reconocen un amplio catálogo de derechos de distinta naturaleza (de-

rechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales); se reconocen los derechos fundamentales, las libertades democráticas y las garantías del *debido proceso* (derechos de las víctimas e imputados y acusados); y se incorpora en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos importantes principios jurídicos relacionados con la administración de justicia, entre ellos: los principios de legalidad, independencia judicial, igualdad y no discriminación, igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, universalidad de los derechos humanos, irretroactividad de la ley penal, presunción de inocencia, publicidad procesal, responsabilidad del Estado en materia de Derechos humanos e imprescriptibilidad. Así, se da un vínculo del Derecho internacional y el Derecho interno en materia de Derechos humanos que deben ser interpretadas por los operadores de justicia de forma imparcial e independiente, por el carácter obligatorio que tienen para estos. Es aquí donde aparece la premisa de aplicar una adecuada interpretación de estos instrumentos internacionales. Manuel DÍEZ DE VELASCO, manifiesta que la interpretación consiste en la operación de determinar el verdadero sentido y alcance de los términos empleados en una norma o negocio jurídico; es decir, que la aplicación y alcance de los instrumentos internacionales en materia de Derechos humanos esta en el día a día de los operadores de justicia al momento de aplicar la ley, sin dejar de entrever las instancias del Poder Ejecutivo que tienen que velar por la aplicación de los Derechos humanos y demás instrumentos internacionales en dicha materia. La interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales debe ser amplia, no restrictiva, siempre a favor de la persona (*pro homini, pro libertatis*). En este sentido, como expresa el especialista constitucional Florentín MELÉNDEZ, puede afirmarse la necesidad de que los operadores judiciales (y de la administración pública) no sólo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ni que les otorguen un valor formal como simples referencias técnicas para el juzgador, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del derecho interno, concretizando en la práctica ju-

dicial y, en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución. Las consecuencias de esta situación, es que los instrumentos internacionales alcanzan rango constitucional, reconocimiento, obligatoriedad de aplicación y cumplimiento de parte de los Estados. Para las presentes diligencias y producto de los compromisos suscritos por Nicaragua en los instrumentos internacionales de materia de Derechos humanos y Derechos fundamentales, al recurrente se le han lesionados las garantías propias del *Debido Proceso*. Para el procesalista español, Ernesto PEDRAZ PENALVA, *el debido proceso es aquella exigencia constitucional, exclusivamente prevista para el rogado desarrollo funcional de la jurisdicción* (artículo 14 LOPJ) y para su exquisita observancia (artículos 11 DUDH, 10 y 11 DEDH, XXV y XXVI DADDH, 14 PIDCP, 6 CEDH, 8 CADH, 6.1 CDHLCFCEI, 19 DPEDLF, 24.2 CE, 34 Cn), entre otras notas, impone la intervención de un juez independiente e imparcial, concediéndole a la persona imputada y acusada (en el proceso penal y administrativo) el tiempo, medios y condiciones precisas para preparar su defensa, pudiendo interrogar y hacer interrogar ante el juez (o ante al funcionario que lleva el proceso administrativo) a los testigos de cargo y la comparecencia y declaración de los de descargo, siendo asistido eventualmente por intérprete; un juicio oral, público, contradictorio -en especial en la formación de la prueba-. Esta Sala ha expresado que el *debido proceso* ha de ser concebido, como una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle, cualquiera que este sea, pueda permitirle acceder a la cuota de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida

*en sociedad”. Por tanto, el debido proceso, según MAX BERAUN, “es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías, principios procesales y derechos procesales, que tienen todas las partes en el proceso (sea jurisdiccional o administrativo). El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Considerando IV de la Sentencia No. 317/2009). En esta línea de pensamiento, el debido proceso necesita para su efectividad, el desarrollo de principios y garantías constitucionales, tales como, el de presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable, vulnerados al recurrente en el presente caso. El derecho a la presunción de inocencia (artículo 34 inciso 1 Cn.) representa una de las características más significativas del derecho procesal liberal y del actual modelo del debido proceso, está proclamado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; también en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, y en el artículo 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. Para el profesor Manuel JAEN VALLEJOS, el derecho fundamental de presunción de inocencia (artículo 34 inciso 1 Cn), no es sólo un derecho en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales, pueda entenderse de cargo, sino que además es un *principio o criterio informador del ordenamiento**

procesal. Ello significa, que nadie puede ser considerado como culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria firme. En relación al derecho a la defensa (artículo 34 incisos 4 y 5 Cn), para JAEN VALLEJOS, y con la finalidad de evitar toda indefensión, proscrita constitucionalmente, *las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses*, es decir, debe facilitarse el necesario enfrentamiento dialéctico entre aquéllas. Esta dialéctica solo es posible si además se garantiza en el proceso, la garantía de lo contradictorio. En este sentido, el derecho a la defensa, se garantiza en la medida en que se respete la garantía de la contradicción, garantía derivada de aquella de la defensa, es decir, derecho a defensa y contradicción están genéticamente vinculadas y son inseparables en todo proceso, sin perjuicio de su naturaleza, sea jurisdiccional o administrativo, de lo contrario habría indefensión y nulidad de lo actuado. En este sentido, si un Tribunal impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, vulneraría este derecho fundamental, es decir, no es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción. Por esta razón, la jurisprudencia comparada ha insistido en la necesidad de la contradicción en el proceso, aspecto que esta Sala considera esencial para evitar la indefensión (Tribunal Constitucional de España Sentencia 114/2000). Esta jurisprudencia ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comu-

nicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. El *derecho a no declarar contra sí mismo* (artículo 34 inciso 7 Cn “A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”) (“*nemo tenetur edere contra se*” o “*nemo tenetur se ipsum accusare*”), tiene como titular exclusivo al imputado o a aquella persona que, a resultas de la declaración, pudiere autoincriminarse. Esta es una garantía instrumental del más amplio derecho a la defensa en el proceso, sea jurisdiccional o administrativo. Para PEDRAZ PENALVA *el derecho a guardar silencio, o derecho a no confesarse culpable, constituye la garantía instrumental del genérico derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer la imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable*. El derecho a la no autoincriminación tiene como soporte inmediato el derecho de defensa, en la medida en que puede ser utilizado válidamente por el Tribunal para la desvirtuación de la presunción de inocencia. En este sentido, el imputado y el acusado a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, porque la declaración del mismo no es ni debe ser considerada como medio de prueba, sino como un medio de defensa. En tal sentido, toda autoridad jurisdiccional o administrativa tiene que advertirle al imputado y al acusado que tiene el derecho constitucional a guardar silencio, a no declarar y que su silencio no generará ninguna consecuencia que le sea perjudicial y que si lo desea hacer en el proceso no está obligado hacerlo bajo promesa de ley y que su declaración no será

considerada medio de prueba. Esto, sin perjuicio, de que el imputado o acusado declare (como un derecho de defensa material) y asuma la responsabilidad de sus declaraciones en el marco de los hechos que se desarrollan en el proceso y valorada junto con el universo de medios probatorios aportados en el mismo, esta garantía es potestativa del imputado o acusado, que podrá hacer o no uso de ella, de acuerdo a sus propios intereses y a sus propias consideraciones estratégicas, conforme lo ha expresado la Sala de lo Penal en Sentencia No. 112/2008. Las declaraciones rendidas por el imputado o acusado, en cualquier tipo de proceso (jurisdiccional o administrativo) que el judicial o la autoridad administrativa la reciba bajo amenaza, coacción, intimidación, chantaje son nulas y, por tanto, no generan ninguna validez dentro o fuera del proceso, y, aun cuando sea tomada bajo promesa de ley, tampoco tendrán validez o efecto jurídico alguno. Para el caso que nos ocupa, esta Sala considera que al recurrente no se le respetaron las garantías del Debido Proceso antes descritas al momento de iniciar las diligencias creadas en sede administrativa. Del expediente administrativo se desprende carta de la Asesora Legal del Consejo Superior de la Contraloría General de la República en donde se le informa al recurrente de la realización de examen especial de auditoría en ENABAS sobre faltante de quintales de Frijoles de las bodegas, así como solicitud de comparecencia ante el ente fiscalizador “a fin de que rinda su declaración testimonial en las presentes diligencias; para tal efecto deberá presentarse el día jueves cinco de abril del año en curso (2001), [...], en las instalaciones de la Contraloría General de la República” [...]. Esta situación vulnera el derecho a la defensa, técnica y material, del recurrente (art. 34 inciso 4 y 5 Cn) a quien no se le advierte que al ser investigado tiene derecho a comparecer en carácter de imputado, es decir, de investigado; y que de la investigación pueden resultar perjuicios o responsabilidades administrativas, civiles y penales en su contra; en la cual tiene que estar acompañado de un abogado que le asista y ayude en la preparación y asesoramiento jurídico del caso, otorgándole una posición positiva y de respeto a la premisa de igualdad ju-

rídica (arto. 27 Cn) que éste debe tener frente antes los funcionarios que le investigan. Este derecho de defensa (artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 14 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 3 incisos a, b y c de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) exige por tanto, de mecanismos materiales que informen, preparen y utilicen cauces que ayuden al imputado a conocer de la trascendencia jurídica del proceso aplicado en su contra, y así llegar a una Justicia material: real y efectiva, creando seguridad jurídica y un *“mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad”* en la aplicación del principio de legalidad. Otro derecho constitucional que en los casos objetos de estudio se logran lesionar en el procedimiento administrativo de la Contraloría General de la República, es el derecho de no declarar en contra de uno mismo (arto. 34 inciso 7 Cn), que se vicia cuando al recurrente no se le garantiza el derecho a la defensa antes mencionado, edificándose un estado inculpatario y de autoincriminación sobre los hechos investigados, en donde se da una alteración al conocimiento subjetivo del imputado sobre la investigación que pende sobre él, aplicando una aportación inconsciente de materiales propios de la justicia material y que deberían sustentarse en la presunción de inocencia (artículo 34 inc. 1 Cn) y en elementos probatorios que sustenten la culpabilidad del recurrente. Ya esta Sala ha dicho, que *comparte la obligación constitucional de luchar contra actos de corrupción*, pero una lucha que debe de realizarse *bajo el imperio de la ley* y el *respeto de los derechos fundamentales de la persona*. Todo esfuerzo por combatir la corrupción u otros hechos delictivos que no contemple en su proceso de investigación los derechos del proceso justo, se derrumba, se deslegitima, creando fisuras en el Estado de Derecho, hecho que esta Sala no puede ni debe permitir.

POR TANTO

De conformidad con todo lo expuesto, artículos 424, 426 y 436 Pr., artículos 3, 23, 24, 25, 26 y 27 y siguientes de la Ley de

GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Amparo vigente y demás disposiciones citadas, los suscritos Magistrados de la Sala de lo Constitucional Resuelven: I.-**HA LUGAR AL RECURSO DE AMPARO** interpuesto por el señor **GUSTAVO ADOLFO NARVÁEZ PICADO**, en contra del Consejo Superior de la Contraloría General de la República [...]. II.-En consecuencia, queda sin valor legal la resolución No. RIA-058-09, [...], del día diecinueve de marzo del año dos mil nueve, emitida por los miembros que integran el Consejo Superior de la Contraloría General de la República [...], y, por tanto, se suspende cualquier proceso (civil, penal o administrativo) que esté en trámite o se pretenda abrir en contra del recurrente. También quedan sin efecto cualquier medida cautelar penal, civil o administrativa que se haya dictado en contra del recurrente. [...]

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS: EL CASO COMUNIDAD INDÍGENA
SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY

Sinopsis: El 29 de marzo de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay* mediante la cual, entre otros, declaró la responsabilidad de dicho Estado por la violación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo al derecho a la propiedad privada, debido a que los territorios tradicionales de la comunidad se encontraban en posesión y uso de particulares, y a que no les habían sido restituidos a pesar de los recursos interpuestos por aquélla para su reivindicación.

En la presente sentencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta por los representantes de dos empresas privadas mediante la cual solicitaron que se declarara la invalidez de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxe*, por considerarla arbitraria e inconstitucional.

Al resolver dicha acción, la Sala Constitucional señaló que la circunstancia de que Paraguay era parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de que había reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo obligaba, entre otros, a respetar la fuerza vinculante de sus decisiones. Indicó que de conformidad con la Convención Americana, tales decisiones son definitivas e inapelables, y deben ser cumplidas por el Estado de forma íntegra. Por lo anterior, estableció que en razón de que la Corte Interamericana ya había decidido el caso, en el cual se contempló “la situación de las firmas afectadas”, correspondía rechazar *in limine* la acción de inconstitucionalidad interpuesta.

THE ENFORCEMENT OF THE JUDGMENTS
OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS: THE CASE OF THE SAWHOYAMAXA
INDIGENOUS COMMUNITY V. PARAGUAY

***Synopsis:** On March 29, 2006, the Inter-American Court of Human Rights delivered a judgment in the case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay by means of which it declared, among others, the responsibility of said State for the violation of article 21 of the American Convention on Human Rights, related to the right to property, given that the traditional lands of the community were being occupied and used by private individuals and were not restituted to the community despite the remedies filed by such community.*

In this judgment, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Paraguay ruled on an action of unconstitutionality filed by the representatives of two private companies by means of which they requested the non-enforcement of the judgment delivered by the Inter-American Court in the case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community upon considering it to be arbitrary and unconstitutional.

On deciding said action, the Constitutional Chamber pointed out that given Paraguay was part of the American Convention on Human Rights and had recognized the contentious jurisdiction of the Inter-American Court, it was obliged to respect its decisions. It indicated that, according to the American Convention, said decisions were final and not subject to appeal and must be fully complied with by the State. Therefore, it determined that, since the Inter-American Court has decided the case in which it took into account “the situation of the affected companies”, it corresponded to dismiss in limine the action of unconstitutionality filed.

SALA CONSTITUCIONAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PARAGUAY

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
INTERPUESTA POR ROSWELL COMPANY S. A.
Y KANSOL S.A.
A.I. NO. 669
12 DE MAYO DE 2009

VISTA: La Acción de Inconstitucionalidad presentada por...
ROSWELL COMPANY S.A y KANSOL S.A contra la Sentencia
de fecha 29 de marzo de 2006 dictada por la CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso
“COMUNIDAD INDIGENA SAWHOYAMAXA VS PARA-
GUAY”, y ;

CONSIDERANDO:

QUE, en el presente caso se ha impugnado la validez de
una sentencia emanada de la CORTE INTERAMERICANA
DE DE- RECHOS HUMANOS mediante una acción de Incons-
titucionalidad presentada por el Abogado Modesto Monges Pe-
reira en representación de ROSWELL COMPANY S. A y
KANSOL S. A.-----.

QUE, en el escrito de promoción de la acción de inconstitucio-
nalidad examinado, se manifiesta que la Sentencia de la CIDH
recurrida es arbitraria e inconstitucional porque transgrede los
Artículos 16; 17; 46; 47; 109; 127; 137; y 141 de la Constitución
de la República del Paraguay.-----

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

QUE, se advierte que la Sentencia recurrida es una resolución ajena al Poder Judicial de la República de Paraguay y que la Acción de Inconstitucionalidad solo procede respecto de resoluciones provenientes de órganos judiciales y administrativos de éste país, de conformidad a la Ley 609 /95 Que Organiza la Corte Suprema de Justicia, donde se dispone: *Artículo 1° La Corte Suprema de Justicia ejerce jurisdicción en toda la República y tiene su sede en la Capital. Funciona en pleno y por salas de acuerdo con la competencia que le asignan la Constitución, la ley y su reglamento interno...*

QUE, el Paraguay es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 24 de agosto de 1989 y de acuerdo con el Art. 62 de la misma reconoció la competencia contenciosa de la CIDH el 26 de mayo de 1993, circunstancia que lo obliga a respetar sus estipulaciones en su integridad, incluyendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en consecuencia la fuerza vinculante de sus Sentencias. .

QUE, en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la CIDH según lo dispone el Artículo 67 de la Convención Americana, éstas deben ser cumplidas por el Estado en forma íntegra.

QUE, los Estados Partes en la Convención Americana deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. En este sentido, la decisión de la instancia internacional, contempla la situación de las firmas afectadas, y los agravios que manifiesta se refieren a cuestiones cuyo resarcimiento ha sido contemplado, entendido y resuelto, en forma directa o alternativa en el cuerpo de la decisión internacional.

QUE, en consecuencia, corresponde el *rechazo in limine* de la presente acción sin más trámite.

POR TANTO, la

SALA CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PARAGUAY

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL
RESUELVE:**

RECHAZAR “in límine” la presente acción de inconstitucionalidad. _____

ANOTAR y notificar. _____

...

LAS LEYES QUE IMPIDEN LA INVESTIGACIÓN,
PROCESO Y SANCIÓN DE LOS RESPONSABLES
DE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS
HUMANOS COMETIDAS DURANTE REGÍMENES
DE FACTO SON CONTRARIAS A LOS DERECHOS
HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS

Sinopsis: La Suprema Corte de Justicia de Uruguay se pronunció sobre una excepción de inconstitucionalidad interpuesta por una Fiscal Letrada Nacional en lo Penal en el marco de una denuncia presentada por un familiar de una persona privada de la vida durante la dictadura uruguaya. La Fiscal solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado que, de acuerdo a su artículo 1o., era aplicable a los “delitos cometidos hasta el 1o. de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”. Entre otros, la Fiscal señaló que dichas disposiciones eran contrarias a los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque privaban a las víctimas y a sus familiares de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos a los cuales era aplicable dicha Ley.

Al resolver la excepción de inconstitucionalidad interpuesta, en primer lugar, la Suprema Corte de Justicia estableció que los tratados internacionales de derechos humanos se integran a la Constitución Política de Uruguay en virtud de su artículo 72. Por lo tanto, la solución del problema planteado debía tomar en cuenta no solamente los derechos reconocidos en la Constitución sino también aquellos que posteriormente se van “agregando” por la ratificación de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana. De esta forma, los derechos de las perso-

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

nas constituyen límites “infranqueables” para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo cual debe ser necesariamente controlado por el juez constitucional.

La Suprema Corte de Justicia se refirió a criterios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos donde se ha alegado la aplicación de leyes de amnistía a los responsables de violaciones graves de derechos humanos cometidas en contextos de dictaduras en Latinoamérica. Señaló que dicha Corte ya ha declarado la nulidad de tales leyes porque impiden el castigo de los responsables por la comisión de ese tipo de violaciones. En esos casos, la Corte Interamericana también ha señalado que los jueces y tribunales nacionales deben velar por la aplicación de las normas internacionales frente a leyes nacionales que son contrarias a su objeto y fin, por lo cual desde el inicio carecen de efectos jurídicos. Si bien la Suprema Corte de Justicia expresamente hizo una distinción entre “amnistía” y “caducidad”, señaló que existía similitud con la cuestión bajo análisis y que, por su relevancia, estos criterios no podían soslayarse en el análisis de inconstitucionalidad solicitado. Por todo lo anterior, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1o., 3o. y 4o. de la Ley 15.848.

Entre otros, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay se refirió a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y *La Cantuta vs. Perú*. La sentencia se encuentra acompañada de un voto particular.

THE LAWS THAT PREVENT THE INVESTIGATION, PROSECUTION AND PUNISHMENT OF THE RESPONSIBLE FOR GRAVE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS COMMITTED DURING DE FACTO REGIMES ARE CONTRARY TO THE HUMAN RIGHTS OF THE VICTIMS

Synopsis: *The Supreme Court of Justice of Uruguay ruled on the action of unconstitutionality filed by the National Prosecutor in*

Criminal Matters within the framework of a complaint filed by a next-of-kin of a person who was deprived of liberty during the Uruguayan dictatorship. The Prosecutor requested the Court the unconstitutionality of several articles of Law 15.848 of December 22, 1986, known as Ley de Caducidad de la Pretension Punitiva del Estado (Caducity Law of the State's Punitive Power), which provides, according to its section 1, that "crimes committed prior to March 1, 1985, by military and police personnel for political motives, in the performance of their functions or on orders from commanding officers who served during the de facto period, has hereby expired." Among other reasons, the Prosecutor pointed out that said provisions were contrary to articles 1.1, 8.1 and 25.1 of the American Convention on Human Rights given that they deprive the victims and their next-of-kin of the minimum judicial guarantees needed to punish the responsible for the crimes to which said Law apply.

Upon ruling on the action of unconstitutionality filed, the Supreme Court of Justice determined that, in the first place, international human rights treaties are part of the Political Constitution of Uruguay in light of article 72. Therefore, the solution to the problem in question should take into account not only the rights enshrined in the Constitution but also those rights that are "incorporated" due to the ratification of the human rights treaties, like the American Convention. Therefore, a person's rights constitute "inviolable" limits to the exercise of the power attributed to the Powers established, which must be necessarily controlled by a constitutional court or tribunal.

The Supreme Court of Justice referred to criteria sustained by the Inter-American Court of Human Rights in cases where it was alleged the application of amnesty laws to the responsible for grave human rights violations committed in Latin America during military dictatorships. It pointed out that said Court has already declared such laws null given that they do not impose punishment on those responsible for the commission of such type of violations. In those cases, the Inter-American Court has also pointed out that the national courts must ensure the application of international norms over national laws that are contrary to its purpose and end, for which they do not produce legal effects from the very beginning. Even though the Supreme Court of Justice has made a distinction between "amnesty" and "caducity", it pointed out that the issue in question bears similarity and that,

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

given its relevance, these criteria cannot be denied in the analysis of unconstitutionality requested. Based on the foregoing, the Supreme Court declared the unconstitutionality of articles 1, 3 and 4 of Law 15.848.

The Supreme Court of Justice of Uruguay made reference, among others, to the judgments delivered by the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Barrios Altos v. Peru, Almonacid Arellano et al v. Chile and La Cantuta v. Peru. Separate Opinion in Judgment.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
URUGUAY

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
INTERPUESTA LA FISCAL LETRADA NACIONAL
EN LO PENAL DE 2o. TURNO
SENTENCIA NO. 365
19 DE OCTUBRE DE 2009

...

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados

**“SABALSAGARAY CURUTCHET, BLANCA STELA.
DENUNCIA.**

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1,
3 Y 4 DE LA LEY N° 15.848”, FICHA 97-397/2004.**

RESULTANDO:

I) En el caso, Blanca Sabalsagaray Curutchet formuló la denuncia que dio origen al presente presumario para que se investigaran las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermana el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar durante la pasada dictadura y se identificara a los eventuales responsables (fs. 6-7 vto.).

II) Por Auto N° 139/2005, el Sr. Juez Letrado en lo Penal interviniente solicitó que el Poder Ejecutivo se pronunciara acerca de si entendía que el hecho investigado estaba o no comprendido en el art. 1° de la Ley N° 15.848 (fs. 9), a lo cual el Poder Ejecutivo respondió afirmativamente (fs. 12).

III) Luego de que se diligenciaron varios medios de prueba, la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

los arts. 1º, 3º y 4º de la Ley N° 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, por entender que las referidas disposiciones transgreden varios preceptos de la Constitución de la República y de Tratados internacionales.

La representante del Ministerio Público sostuvo, en síntesis, que la inconstitucionalidad de las normas impugnadas radica en:

1) Según los arts. 4º y 82 de la Carta, la soberanía reside en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. De ahí que, bajo ningún concepto, puede aceptarse que la “lógica de los hechos” (expresión utilizada en el art. 1º de la ley atacada) se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, que deba tolerarse una solución dada por el Parlamento frente a la indebida presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

2) No puede considerarse que la caducidad consagrada constituya una ley de amnistía, puesto que, de ser así, se habría dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 num. 14 de la Constitución. Además, debe tenerse presente que no se derogó el art. 5º de la Ley N° 15.737 y que los propios legisladores, en la discusión parlamentaria, manifestaron que no se trataba de una amnistía, sino de la caducidad de la potestad de castigar ciertos delitos.

3) La inconstitucionalidad de los arts. 3º y 4º de la ley de caducidad se halla en que se le atribuyeron al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, en la medida en que la perseguibilidad de los delitos cometidos por funcionarios militares o policiales durante el régimen de facto se dejó al entero arbitrio de aquél. Con esta previsión, se violó lo dispuesto en el art. 233 de la Carta.

4) Las normas impugnadas consagraron una clara violación del principio de igualdad reconocido en el art. 8º de nuestra Constitución, ya que establecieron un privilegio para militares y policías que no se instituyó para los civiles que colaboraron con aquéllos en la comisión de los delitos investigados. En virtud de dicho privilegio y como consecuencia de que el Estado

renunció a ejercer el “*ius puniendi*”, un determinado grupo de personas quedó exento de la jurisdicción penal.

5) Asimismo, al sancionar la Ley N° 15.848, no se contemplaron los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se afectó ilegítimamente la situación de las víctimas y sus familiares, quienes se vieron privados de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos cometidos. Es sabido que no se admite invocar el derecho interno para no cumplir los tratados internacionales.

6) Los arts. 72 y 332 de la Carta también fueron violados. En efecto, al dictarse la ley de caducidad, no se tuvo en consideración que la amplitud y la naturaleza de los derechos garantizados en nuestro sistema constitucional, así como la estructura del Estado uruguayo, proporcionan condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos y para el acceso a la justicia, derechos que fueron conculcados por la dictadura militar (fs. 199-301).

IV) Se dio traslado al Poder Ejecutivo de la excepción de inconstitucionalidad, el cual lo evacuó allanándose a la solicitud de declaración formulada (fs. 328-328 vto.), pretensión a la cual también se allanó el Poder Legislativo (fs. 331-332).

V) Por su parte, el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, al evacuar la vista otorgada, entendió que la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno carece de legitimación para promover el presente excepcionamiento por no tener un interés “personal” en dicho requerimiento, como consecuencia de lo cual correspondería desestimar la declaración de inconstitucionalidad promovida (fs. 336-342).

VI) Por Decreto N° 353 del 16 de marzo de 2009, la Corporación tuvo por evacuada la vista conferida y dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, citadas las partes (fs. 344).

VII) A fs. 357-362 se presentó la denunciante, Blanca Sabalsagaray, en carácter de tercera coadyuvante con la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno, y solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3° y 4° de la Ley N° 15.848.

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

La peticionante adujo, en lo medular, que las normas impugnadas violan el principio de separación de poderes (arts. 4º, 82 y 233 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 8º de la Carta).

VIII) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se allanaron a esta solicitud (fs. 380 y 383).

IX) A su vez, el Sr. Fiscal de Corte entendió que si bien no resulta adecuada la calidad de tercera

coadyuvante invocada por la compareciente, ésta es titular del interés directo, personal y legítimo exigido por nuestra Constitución para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, por lo cual cabría dar ingreso al excepcionamiento formulado (fs. 387-388 vto.).

X) Por Providencia N° 551 del 27 de abril de 2009, la Corte dio ingreso a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad contenida en el escrito de fs. 357-362 y, de ella, confirió vista sobre el fondo al Sr. Fiscal de Corte (fs. 399).

XI) Éste, evacuando la vista otorgada, sostuvo que procede hacer lugar a la inconstitucionalidad promovida, por vía de excepción, respecto a los arts. 1º, 3º y 4º de la Ley N° 15.848 (fs. 407-430 vto.).

XII) Por Auto N° 678 del 20 de mayo de 2009, se tuvo por evacuada la vista conferida y se dispuso que los autos volvieran a estudio de los Sres. Ministros de la Corporación (fs. 433).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia declarará inconstitucionales las normas impugnadas.

II) **Algunas precisiones liminares.**

...

II.2) La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

La Corte ha entendido que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario, debido a que, evidentemente, aún no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados.

Así, pues, la Corporación señaló: “En función de ello, y teniendo en cuenta “que el enjuiciamiento penal resulta una eventualidad, “las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad “se peticiona no resultan de ineludible aplicación al “caso de autos, lo que conlleva a su declaración de “inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace “valer para la eventualidad de que se entienda aplicable “al caso la norma legal impugnada” (cf. Sentencias Nos. 842/2006, 1085/2006 y 2856/2007, entre otras).

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la ley ya se cumplió con el pronunciamiento del Poder Ejecutivo que luce a fs. 12, lo cual habilita a la Corporación a pronunciarse sobre la fundabilidad de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

II.3) La no aplicación definitiva e irrevocable de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

En múltiples ocasiones, la Corte ha sostenido que, en la medida en que la pretensión de inconstitucionalidad tiene por objeto evitar la aplicación de la ley a un caso concreto, la declaración correspondiente no resulta jurídicamente posible si la ley impugnada ha sido definitiva e irrevocablemente aplicada (entre muchas otras, Sentencias Nos. ...).

En el presente caso, el Poder Ejecutivo entendió que el hecho investigado estaba comprendido en el art. 1º de la Ley Nº 15.848 (fs. 12), por lo que, en principio, podría pensarse que las normas impugnadas fueron totalmente aplicadas, no procediendo, por ende, analizar su apego a la Carta Fundamental.

Sin embargo, la Corporación considera que tal aplicación definitiva no ha ocurrido en la especie, puesto que, por tratarse de un proceso judicial en trámite, debió existir una decisión jurisdiccional firme que clausurara los procedimientos respecto a las personas beneficiadas por la norma. Es así que, al pronunciamiento del Poder Ejecutivo, debió seguir una resolución del Juez competente por la cual se clausuraran los procedimientos respecto de los funcionarios militares y policiales que hubieren participado en el hecho investigado. No existía otra posibilidad

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

de clausurar el presumario, desde que, al socaire de lo preceptuado en el art. 112 del Código del Proceso Penal, la única forma de disponer el archivo de las actuaciones es mediante providencia judicial.

En este mismo sentido y refiriéndose a la providencia por la cual el Juez ordena la clausura del proceso una vez que el Poder Ejecutivo se pronuncia acerca de que los hechos indagados se enmarcan en los supuestos de la ley de caducidad, la Corporación señaló:

“... Se ha expresado “pues en el Acuerdo que la referida providencia “constituye una decisión cuyo contenido indica la “verificación de la caducidad de la pretensión punitiva “del Estado con relación a los hechos puestos de “manifiesto en el subexamine; esto es, la clausura de “las actuaciones por aplicación del art. 1º de la Ley Nº “15.848”.

“VI) La providencia “regula, atento a lo expresado por el Poder Ejecutivo en “cuanto a la inclusión de los hechos denunciados en el “art. 1 de la Ley Nº 15.848, la clausura de las “actuaciones, configurando un pronunciamiento sobre la “aplicabilidad de la norma referida, esto es, una “decisión cuyo contenido es afirmación de que se ha “verificado la caducidad de la pretensión punitiva del “Estado con relación a dichos hechos”.

“No se trata de una “mera clausura en el sentido previsto por el art. 24 del “C.P.P. (por falta de un presupuesto de la acción) o de “la providencia que dispone el archivo de las “actuaciones por falta de mérito para procesar (art. 112 “ejusdem), puesto que en dichos casos no necesariamente “se extingue la acción penal, la que puede ejercitarse “posteriormente si se remueve el obstáculo legal o “surgen nuevas pruebas que den mérito al “enjuiciamiento”.

“Lo típico de la “clausura de las actuaciones en aplicación del art. 1 de “la Ley Nº 15.848, en cambio, es que, al implicar que ha “operado la caducidad de la pretensión punitiva del “Estado, resulta extintiva de la acción penal, que no “podrá posteriormente ejercerse, por imperio del “legislador, actuando en función ontológicamente “jurisdiccional”.

“Por ende, la providencia que dispuso la clausura es, desde la óptica “procesal penal, una sentencia interlocutoria con fuerza “de definitiva en cuanto pone fin a la acción penal o “hace imposible su continuación (art. 269 C.P.P.). Y, “actualmente, al no haber sido objeto de los recursos “previstos en los arts. 250 a 252 C.P.P., se encuentra “firme, por lo que la caducidad de la pretensión “punitiva relativa a los hechos denunciados tiene fuerza “de cosa juzgada y no puede ser revisada ni en éste ni “en otro (eventual) proceso...” (Sentencia N° 332/2004).

En estos términos y en cuanto no existió decisión judicial firme que cerrara las actuaciones respecto de las personas indicadas por el Poder Ejecutivo, la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado no fue total e irrevocablemente aplicada al caso de autos.

En efecto, el Sr. Juez de la causa, a continuación del pronunciamiento del Poder Ejecutivo y sin hacer ninguna referencia a él, de mandato verbal, convocó a testigos y dispuso el libramiento de un oficio, omitiendo expedirse sobre la clausura del trámite (fs. 12 vto.). Asimismo, por Auto N° 1045/2005, citó para que prestara declaración a quien era el Jefe de la Unidad en la cual falleció la Sra. Nibia Sabalsagaray (fs. 58), convocatoria que reiteró por Providencia N° 1227/2005 (fs. 76). Y, si bien el Magistrado actuante, ante otra petición de prueba formulada por la Sra. Fiscal de la causa, dispuso, por resolución fundada, el archivo de las actuaciones sin perjuicio (Sentencia Interlocutoria N° 1041/2006, fs. 116-120), posteriormente revocó su decisión y dispuso continuar con las investigaciones, frente a la impugnación deducida por la representante del Ministerio Público (Sentencia Interlocutoria N° 77/2007, fs. 129-130).

II.4) El alcance de la decisión a recaer sobre el fondo del asunto.

En virtud de que la declaración de inconstitucionalidad debe estar referida a un caso concreto, surtiendo efecto la sentencia que acoja la pretensión sólo para el procedimiento en que se haya pronunciado (arts. 259 de la Constitución y 520 C.G.P.),

resulta necesario precisar cuál es el alcance del fallo a recaer sobre el mérito de la litis (art. 521 inc. 1 CGP).

En este sentido, puede apreciarse que ni la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno ni la denunciante expresaron, concretamente, respecto de qué sujetos pretendían la inaplicación de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. Para comprobar esto, alcanza con leer los respectivos capítulos de petitorios a fs. 301 y 362.

El Sr. Fiscal de Corte, al evacuar la vista que la Corporación le confirió para que indicara con quién debería sustanciarse la excepción de inconstitucionalidad (Auto N° 3062/2008, fs. 304), sostuvo que los militares aludidos en la indagatoria penal no podían ser considerados parte en este proceso, por lo que tampoco podían ser destinatarios del traslado del excepcionamiento deducido (fs. 307).

Conferida vista a la Sra. Fiscal Penal de lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Corte (Auto N° 3259/2008, fs. 310), lo evacuó manifestando, textualmente: "...a mi juicio no es "aplicable por analogía una disposición prevista para un "proceso de partes, puesto que en este procedimiento no "existen todavía indagados individualizados con los que "pueda sustanciarse la excepción..." (fs. 318).

No obstante ello, y no siguiendo el criterio adoptado en los autos "Macchi Torres, Jessi. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley N° 15.848, arts. 1º y 3º", Fa. 36/87 —resuelto por Sentencia N° 232/1988—, y "Whitelaw Agustoni, Agustín Germán; Barredo Longo, Fernando José. Denuncia. Inconstitucionalidad", Fa. 7/87 —decidido por Sentencia N° 224/1988— (expedientes que se tuvieron a la vista y en los cuales sólo se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte), si bien la norma adjetiva que regía en ese entonces consagraba idéntico tracto procesal que la actualmente vigente (arts. 11 y 15 de la Ley N° 13.747 y arts. 516 y 518 C.G.P.), la Corporación entendió, en el *sub judice*, que correspondía sustanciar la excepción, al menos, con el Poder Ejecutivo (como indicó el Sr. Fiscal de Corte a fs. 307 vto.) y con el Poder Legislativo.

No puede dudarse, pues, que el fallo a que se arriba únicamente surte efectos para el caso *sub examine*, es decir, el pronunciamiento sólo se aplica al proceso seguido por la desaparición y muerte de la Sra. Nibia Sabalsagaray.

III) La decisión sobre el fondo del asunto.

III.1) Sobre la alegada derogación tácita de la ley impugnada por la Ley N° 18.026.

Según el Sr. Fiscal de Corte, los arts. 1º, 3º y 4º de la Ley N° 15.848 habrían sido parcial y tácitamente derogados por la Ley N° 18.026, que sancionó normas relativas a los crímenes y delitos internacionales, como el de desaparición forzada, entre otros.

La Corte no comparte esta opinión.

El art. 8º de la Ley N° 18.026, publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006 (Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), dispone:

“(Improcedencia de “amnistías y similares). Los crímenes y penas “tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la “presente ley, no podrán declararse extinguidos por “indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto “de clemencia soberana o similar, que en los hechos “impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo “cumplimiento de la pena por los condenados”.

A juicio de la Corporación, no podría considerarse derogada tácitamente la ley de caducidad por la Ley N° 18.026, puesto que esta prohibición de otorgar amnistías para los crímenes descriptos en ella opera hacia el futuro, lo cual queda de manifiesto por el tiempo verbal utilizado: “no podrán”.

Y aún en la hipótesis de que se entienda que la prohibición de conceder amnistías para casos como el ventilado en autos rige, incluso, hacia el pasado, la tesis de la derogación tácita no puede prosperar. Ello, en la medida en que, como claramente establece el art. 8º citado, la prohibición de amnistiar rige con relación a los delitos tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de dicha ley. Esos delitos son el genocidio; la instigación al

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

genocidio; los crímenes de lesa humanidad previstos en el art. 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley N° 17.510); el homicidio político; la desaparición forzada de personas; la tortura; la privación grave de libertad; la agresión sexual contra la persona privada de libertad; la asociación para cometer crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad; y los crímenes de guerra; y ninguno de estos ilícitos fue atribuido (*“prima facie”* y en una calificación provisional propia de esta etapa procesal) a los indagados.

Merece ser puesto de relieve que esta interpretación que realiza la Corporación se adopta al sólo efecto de resolver el presente caso, pero que, como no puede ser de otra manera, la opinión que se forme cada Magistrado que esté llamado a aplicar estas normas acerca de su eficacia temporal permanece, enteramente, en el ámbito de su plena independencia técnica.

III.2) En cuanto a la violación de los arts. 4° y 82 de la Carta y con relación a que la ley de caducidad no consagró una amnistía, los agravios son de recibo.

Las impugnantes pusieron énfasis en que la soberanía radica en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. En virtud de ello, señalaron que no puede aceptarse que la “lógica de los hechos” se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, debe tolerarse una solución dada por el Poder Legislativo frente a la ilegítima presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

Se comparte, en general, los argumentos expuestos por los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero en sus discordias emitidas en las Sentencias de la Corte Nos. 184, 224, 226 y 232/1988, en las cuales se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Así, pues, el art. 1° de la Ley N° 15.848, cuando reconoce que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados en un acuerdo político —no institucional—, “ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado” respecto de delitos cometidos desde el período de facto hasta el 1° de marzo de 1985, se aparta claramente de nuestro ordenamiento institucional.

Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4° y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática.

Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable.

Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1° de la Ley N° 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional.

Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 num. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta ley no es ni una cosa ni la otra.

En efecto, de haberse querido otorgar una amnistía, se lo hubiera dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 num. 14 de la Carta. Por otra parte, nadie niega que, mediante una ley dictada con una mayoría especial y para casos extraordinarios, el Estado puede renunciar a penalizar hechos delictivos. Una decisión semejante extingue el delito cometido, clausura los procesos penales en el estado en que se encuentran y, de haber condena, extingue la pena.

Sin embargo, la ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías.

En efecto, como nítidamente señala la Dra. Alicia Castro —...—, “... En el texto constitucional la “amnistía aparece en el art. 85 sobre competencia de la “Asamblea General, cuyo num. 14 le atribuye ‘acordar “amnistías en casos extraordinarios, por mayoría “absoluta de votos del total de componentes de cada “Cámara’, aunque esa disposición no debe ser tomada “aisladamente sino interpretada en el contexto “constitucional en que se inserta (argumento “sistemático). En efecto, una amnistía

debe ajustarse a “exigencias formales y sustanciales, sin incurrir en “vicios de carácter formal o sustancial, esto es, debe “ajustarse a los límites constitucionales de la “competencia conferida al Poder Legislativo” (Castro, Alicia, “La Ley N° 15.848 (de caducidad y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate”, en *Revista de Derecho Público*, N° 35, junio de 2009, p. 137).

En tales coordenadas, median razones de carácter formal que no deben ser soslayadas, ya que constituyen vicios de procedimiento que afectan la validez de la ley.

Así, pues, de acuerdo con la normativa constitucional uruguaya, cuando un proyecto de ley es rechazado, no puede reproponerse hasta el siguiente período de la Legislatura (art. 142 de la Carta). En esa legislatura, se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlas expresamente de la Ley N° 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. Hacía menos de tres meses (28/9/86) que el Senado —que es donde se inicia la consideración del nuevo proyecto de ley— había rechazado un proyecto de ley de amnistía para militares y policías remitido al Poder Ejecutivo; por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido.

El texto constitucional requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, y, revisado el cómputo de votos, el art. 1º, que se reinterpreta como amnistía, obtuvo esa mayoría en la Cámara de Senadores, pero no la alcanzó en la Cámara de Representantes, que tiene 99 miembros y donde fue aprobado por 49 votos (de 78 diputados que se encontraban en Sala), siendo que la mayoría absoluta (mitad más uno) requiere 50 votos.

De modo que la reinterpretación de la Ley N° 15.848 como amnistía encontraría serias dificultades, porque si fuera amnistía, la ley sería inconstitucional por vicios de forma: no podía presentarse otro proyecto con ese contenido en el mismo período de la legislatura y los votos que reunió no alcanzaron la mayoría requerida por la Constitución. Por razones formales, entonces, una ley de amnistía habría sido inconstitucional (...).

Desde otra óptica, si se entiende que la ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Igual crítica merece la idea según la cual la ley no declaró, sino que dispuso la caducidad aludida. En este sentido, es cierto que el Poder Legislativo podría fijar un término de caducidad para el ejercicio de ciertas acciones penales, pero eso no es lo que hizo.

Considerando la naturaleza y el fundamento del instituto, no es racional disponer la caducidad de una acción —que no estaba sujeta a término desde antes— sin fijar un plazo razonable para que el titular la ejercite, bajo apercibimiento de su extinción. Menos aún si no se verifica el supuesto de inactividad, sino que, por el contrario, se quiere clausurar casos cuya investigación está en curso.

III.3) De los efectos del referéndum contra la ley de caducidad votado en el año 1989.

Cabe poner de manifiesto que no se puede desconocer que los artículos de la Ley N° 15.848 tachados de inconstitucionalidad fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha ley en el año 1989, extremo a partir del cual se pueden formular varias consideraciones.

No obstante, la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar.

En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso (art. 40 de la Ley N° 16.017, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 1989).

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “*ab origine*” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta.

Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (*Democracia y garantismo*, p. 32).

El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría.

“De forma distinta ‘las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales ‘están sustraídos a la esfera de la decisión política y ‘pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no “decidible’ (qué si y qué no). Esta es por tanto su “característica específica: tales derechos son “establecidos en las constituciones como límites y “vínculos a la mayoría justamente porque están siempre — “de los derechos de libertad a los derechos sociales— “contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la “forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se “quiere tutelar un derecho como fundamental se lo “sustraer a la política, es decir, a los po-

deres de la “mayoría, ... como derecho inviolable, indisponible, e “inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por “unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (ob. cit., p. 55).

La “esfera de lo no decidible” es una expresión de un contenido significativo similar a la del “coto vedado” de Garzón Valdés, o a la del “territorio inviolable” de Norberto Bobbio.

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.

De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213).

Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta.

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

De la misma manera, tampoco la mayoría legislativa ratificada por el Cuerpo Electoral puede desplazar hacia el Poder Ejecutivo el ejercicio de la función jurisdiccional que le compete exclusivamente al Poder Judicial, salvo disposición expresa de la Constitución que le atribuya, excepcionalmente, tal cometido a otro órgano estatal.

Y, a mayor abundamiento, si bien la separación de poderes surge, diáfananamente, de las competencias que la Constitución le asigna a los órganos estatales —como ya se indicó—, dicho principio es reafirmado por el art. 72 de la Carta, en el bien entendido de que la independencia del Poder Judicial y el ejercicio pleno de la función jurisdiccional por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales y Juzgados (art. 233 de la Ley Fundamental) deriva esencial e insoslayablemente de la forma republicana de gobierno.

III.4) De los efectos del allanamiento del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo a la excepción de inconstitucionalidad.

...

III.5) Con relación a que las normas impugnadas conculcan la separación de poderes, el agravio es de recibo.

La Corporación entiende que el art. 3º de la Ley N° 15.848 también es inconstitucional, al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones que son propias del Poder Judicial, el cual, conforme al art. 233 de la Constitución, será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la ley.

Cuando el art. 233 de la Carta (...) establece que el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y demás órganos, está excluyendo expresamente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de aquellas funciones específicas que la organización democrático-representativa constitucional del país les confiere sólo a los Jueces del Poder Judicial.

Sin ignorar que el Poder Judicial desarrolla, también, actividad administrativa, del mismo modo en que los Poderes Legislativo y Ejecutivo cumplen función jurisdiccional, no hay duda acerca de que ciertos asuntos son propios de la actividad de los jueces, y que no pueden intervenir en ellos representantes de

poderes esencialmente políticos, como el Ejecutivo o el Legislativo.

Con relación a este principio cardinal de todo Estado de Derecho, Jiménez de Aréchaga sostiene: “La separación de Poderes está “consagrada en cuanto coexisten distintos centros de “autoridad que reciben sus competencias de la “Constitución, la cual les marca un ámbito de “incumbencia que les es propio y que supone el ejercicio “predominante de cada una de las funciones jurídicas del “Estado por cada uno de ellos, dentro del cual, en “cuanto se conformen a las normas de grado superior (las “que les fijan sus competencias, formas de actuar y “fines a perseguir), sus decisiones no pueden ser “sometidas a contralor de oportunidad o conveniencia por “parte de órganos integrantes de otros centros de “autoridad” (*La Constitución Nacional*, Tomo II, p. 50).

...

Como se dijo en la Sentencia N° 111/1959 de la Corporación:

“... El alcance y los “límites del dogma de la separación de poderes es el de “su propia justificación: la garantía de los derechos “individuales y la especialización funcional”.

“El poder étático “sólo puede actuar por medio de la voluntad de aquél o “aquéllos que asumen el poder; y éstos —señala “Montesquieu— (cit. por Aréchaga: *El P. Legislativo*. T. “1, pág. 3) tienden a abusar de él. Y el único medio “práctico y eficaz para mantener la ‘puissance’ dentro “de sus legítimas facultades es radicar las distintas “funciones que el ejercicio del poder público exige en “tantos centros (poderes) independientes como funciones; “de tal manera que, el centro de poder que hace la Ley “no sea el mismo que la hace ejecutar y que no sea éste “ni aquél quien declara su aplicabilidad al caso “concreto y sancione su transgresión. Además el “principio de la separación de poderes y competencias “específicas tiene también un fundamento técnico: “organizar el poder público de la manera más conveniente “para el ejercicio de cada función, la cual exige “técnicos y métodos particulares...”.

...

Y, modernamente, se ha dicho con respecto a este principio básico para evitar los posibles abusos del poder: “El principio de frenos y contrapesos provee mayor protección, otorgando a una rama autoridad en muchos casos para impedir el accionar descaminado o ilegal de otra” (...).

Pues bien, el art. 3° de la Ley N° 15.848 condiciona la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo, con eficacia absoluta, lo cual colide ostensiblemente con las facultades de los Jueces de establecer quiénes son o no son responsables de la comisión de delitos comunes, que, como se dijo, es función del Juez ordinario y de nadie más.

En la medida en que la potestad jurisdiccional queda limitada a una previa decisión del Poder Ejecutivo, se viola flagrantemente el art. 233 de la Constitución, que, armónicamente, en sus arts. 4° y 82, dispone que la actividad propia del servicio judicial será desempeñada por la Suprema Corte de Justicia, Tribunales y Juzgados que establezca la ley. La potestad soberana del Estado de aplicar penas se le confió al Poder Judicial, razón por la cual el Poder Ejecutivo tiene vedado, naturalmente, supeditar la actuación del Poder Judicial a una decisión suya sin expresar motivo alguno que la justifique.

Pues bien, esta función jurisdiccional —de neto rango constitucional— no puede ser otorgada a otra autoridad o Poder del Estado sin transgredir el principio de separación de poderes.

De esta manera, en la materia penal, sólo el Juez puede, en el ámbito de su jurisdicción y competencia, subsumir el caso concreto (hecho investigado) en la ley aplicable. Si bien el representante del Ministerio Público también realiza una tarea de calificación, su pronunciamiento, en definitiva, no es vinculante, al menos en este aspecto. En nuestro actual sistema procesal penal, el tribunal es quien resuelve comenzar y avanzar en las investigaciones, ya sea de oficio o por la intervención de un tercero o del Ministerio Público. En tales coordenadas, sólo el representante de este último puede, en uso de sus atribuciones legales, no reclamar responsabilidades o requerir el sobreseimiento, con eficacia vinculante para el Oficio (art. 235 del Código del Proceso Penal).

En el supuesto sometido a juicio de la Corporación, se le otorgó a otro Poder del Estado una facultad que desplaza la originaria del Poder Judicial, a través de la cual se decide, con carácter vinculante, si el Juez de la causa puede o no continuar con las investigaciones en un expediente donde se ha comprobado la existencia de un hecho con apariencia delictiva. Por más que la opinión del Poder Ejecutivo sea calificada por la ley como “informe”, resulta claro que tiene naturaleza jurídica de decisión y viene a sustituir la original competencia constitucional del Poder Judicial de confrontar el hecho indagado con su tipificación penal (adecuación típica), de tal suerte que el posterior pronunciamiento judicial de clausura no es sino una mera homologación que se transforma en una pura fórmula de cierre (...).

El mismo apartamiento a la Carta Fundamental se aprecia en los arts. 3º y 4º de la ley impugnada, en la medida en que las facultades de investigación que el último le confía al Poder Ejecutivo lo son a los meros efectos informativos, cuando esta labor está expresamente atribuida al Juez de la causa.

III.6) Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo.

Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 42 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscriptos por la República.

En este sentido, puede decirse que las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas.

En definitiva, las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poder-

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

res y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél.

III.7) En cuanto a que las disposiciones impugnadas violan el principio de igualdad, el agravio no es de recibo.

...

III.8) En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo.

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, ...).

El citado autor sostiene: “En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario” (...).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en “América Latina hay una poderosa corriente cada vez más “generalizada que reconoce un bloque de derechos “integrado por los derechos asegurados explícitamente en “el texto constitucional, los derechos contenidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos y los “derechos implícitos, donde el operador jurídico debe “interpretar los de-

rechos buscando preferir aquella “fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la “persona humana” (...).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (...).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la ley —y, más “tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los “derechos expresamente mencionados por el texto “constitucional más los que progresivamente se fueron “agregando por la ratificación de diversos tratados “internacionales de derechos humanos, tales como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el “16/12/66 y ratificado por Uruguay; la Convención Americana de Derechos Humanos “aprobada en el ámbito americano el

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

22/11/69, ratificada ... y la Convención contra la “Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o “Degradantes aprobada por la Asamblea General de “Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada ... De ese modo, el ordenamiento “jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado “derechos de las personas que constituyen límites “infranqueables para el ejercicio de las competencias “asignadas a los poderes instituidos, lo que “necesariamente debe controlar el juez constitucional” (Castro, Alicia, ...).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (...).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe N° 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley N° 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a

garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (...).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el *Caso Almonacid Arellano y otros*; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el *Caso La Cantuta*).

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el *Caso Simón (Caso Poblete)*, que constituye un auténtico “*leading case*”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el *Caso Mezzeo (Caso Riveros)*. Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley N° 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas leyes de amnistía —similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 num. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de “*jus cogens*” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el

LEYES QUE SON CONTRARIAS A LOS DD. HH. DE LAS VÍCTIMAS

Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

DECLÁRANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1º, 3º Y 4º DE LA LEY N° 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL.
Y DEVUÉLVASE.

...

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES IMPRESCRIPTIBLE

Sinopsis: La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina resolvió un recurso de casación interpuesto por una persona condenada penalmente por la apropiación de un menor, la alteración de su identidad, y falsificaciones ideológicas de los documentos relativos a ésta, durante la última dictadura argentina. La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver diversos temas. En primer lugar, la querellante en el proceso penal se opuso a la admisibilidad del recurso de casación por considerar que éste no estaba acompañado de la citación concreta de las disposiciones legales que se consideraban violadas o erróneamente aplicadas, y de la expresión de la aplicación pretendida. Al respecto, la Cámara de Casación Penal se refirió, entre otros, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la garantía de la doble instancia reconocida por el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Cámara de Casación Penal hizo alusión al amplio alcance de la capacidad revisora en materia de casación y a la imposibilidad de negar el trámite del recurso con base en formulaciones teóricas o requisitos formales, aún cuando el recurso estuviera basado en enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica. Señaló que bastaba con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pudiera constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debiera conducir a la eliminación total o parcial de la resolución, y que no debía exigirse al recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible.

Uno de los agravios presentados por el recurrente fue el relativo a la supuesta valoración incorrecta que el tribunal *a quo* había realizado de una pericia genética incorporada al proceso. El re-

corrente señaló que conforme al sistema de libre valoración de las pruebas los resultados genéticos debían considerarse como meros indicios que debían ser apreciados por el juzgador conjuntamente con el resto de la evidencia. Al respecto, la Cámara Nacional de Casación Penal se refirió al sistema de la sana crítica racional incorporada al Código Procesal Penal argentino conforme al cual las conclusiones de la sentencia deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Sobre este tema, refirió que este sistema también es la pauta que prevalece en tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo. La Cámara de Casación Penal desechó este agravio con base en que la garantía de defensa en juicio que se desprende, entre otros, del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no había sido afectada porque el tribunal *a quo* había valorado de forma correcta y conjunta la pericial genética, y en que las conclusiones de la sentencia eran resultado de un análisis racional de dicha prueba.

El principal agravio esgrimido consistía en la supuesta prescripción penal de los delitos imputados. El tribunal *a quo* consideró que la apropiación de un menor, la alteración de su identidad, y falsificaciones ideológicas de los documentos relativos a ésta, sucedidas durante la dictadura argentina, constituían desaparición forzada de personas y un crimen de lesa humanidad, por lo cual resultaban imprescriptibles. Entre otros, el recurrente señaló que no se configuraba un crimen de lesa humanidad puesto que los hechos no habían tenido lugar en el marco de un ataque sistemático a una población civil, y que no era aplicable la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dado que ésta había sido ratificada por el Estado argentino posteriormente a que el hecho había cesado de ejecutarse. Asimismo, negó que existiera en la legislación interna norma alguna que previera los llamados crímenes de lesa humanidad y que regulara su imprescriptibilidad, que no surgía del derecho de gentes norma imperativa que debiera aplicarse, y que con base en el principio de legalidad no podía dictarse una sentencia penal de condena fundándose en el derecho penal internacional. Al

respecto, la Cámara de Casación Penal señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ya había resuelto que para la década de los setenta, época en que sucedieron los hechos imputados, el orden jurídico argentino ya preveía normas internacionales que consideraban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, además de estar incorporadas en diversos instrumentos internacionales de los cuales Argentina era parte, también ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido o *ius cogens*.

La Cámara de Casación Penal consideró que los hechos por los cuales se acusó al recurrente constituían desaparición forzada de personas ya que la retención y ocultación del menor de edad, previamente sustraído de su madre biológica detenida durante la dictadura militar argentina, se llevó a cabo y pudo mantenerse con la supresión y posterior sustitución de su estado civil a través de distintas falsedades ideológicas de documentos públicos, como su certificado de nacimiento y documento de identificación, todo lo cual obstaculizó la búsqueda del menor de edad por parte de sus familiares. Por lo tanto, estimó que la acción típica de desaparición forzada había cesado cuando se descubrió la verdadera identidad del entonces menor de edad, esto es, a partir de los resultados que arrojó la prueba pericial genética, tomando en cuenta la persistencia previa de la negativa de información acerca de la suerte o paradero del menor. En este punto, la Cámara de Casación Penal también hizo referencia a jurisprudencia de la Corte Interamericana conforme a la cual la desaparición forzada de personas consiste, entre otros, en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de sus perpetradores, quienes al no dar información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por ello, la desaparición forzada de personas es un delito de ejecución permanente.

Asimismo, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana, señaló que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, que tales actos van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y que ofenden a toda la humanidad. En tanto que la desaparición forzada del entonces menor de edad no había sido un hecho aislado sino que había respondido a una “decisión general en el marco

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES IMPRESCRIPTIBLE

de una empresa criminal llevada a cabo por un aparato de poder del Estado violador de elementales derechos humanos”, la Cámara de Casación Penal consideró que el mismo constituía un crimen de lesa humanidad el cual, conforme a los principios del *ius cogens* del derecho internacional, integrante del derecho interno argentino, era imprescriptible. Con base en lo anterior, entre otros, dicha Cámara rechazó el recurso de casación interpuesto.

En la presente sentencia la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emanada de las sentencias dictadas en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Bulacio vs. Argentina*, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, y *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*.

THE CRIME OF FORCED DISAPPEARANCE OF PERSONS IS NON EXTINGUISHABLE

Synopsis: *The National Chamber for Cassation in Criminal Matters of Argentina solved a motion to vacate filed by a person who was convicted of abduction of a minor, change of identity and forgery of personal documentation, during the last Argentine dictatorship.*

The National Chamber for Cassation in Criminal Matters of Argentina referred to the case-law of the Inter-American Court of Human Rights when solving different issues. In the first place, the complainant in the criminal proceeding objected to the admissibility of the motion to vacate upon considering that such motion did not specifically mention the legal provisions that were considered violated or erroneously applied and did not indicate the intended petition. In this respect, the Chamber for Cassation in Criminal Matters referred to, among others, the case-law of the Inter-American Court of Human Rights regarding the guarantee of the right to appeal enshrined in article 8.2 of the American Convention on Human Rights. The Chamber for Cassation

in Criminal Matters referred to the broad scope of the reviewing capacity in matters related to cassation and the impossibility of rejecting the processing of the motion based on theoretical opinions or formal requisites, even if the motion was based on statements or reasoning related to factual issues. It pointed out that it was enough with the valid presentation of any grievance that could reasonably constitute an error of the decision that, should it be true, might lead to the total or partial revocation of the order and that the appellant should only be requested to present the grievances in time fashion.

One of the grievances submitted by the appellant is related to the alleged incorrect assessment the lower court made of a genetic expert assessment incorporated into the proceeding. The appellant pointed out that, according to the principle of free appraisal of the evidence, the genetic results should be considered as mere signs to be assessed by the judge together with the rest of the evidence. In this respect, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters referred to the reasonable rules of competent analysis incorporated into the Code of Criminal Procedure of Argentina according to which the conclusions of the judgment must be the consequence of a reasonable assessment of the evidence, respecting the rules of logic, psychology and common experience. In this regard, it indicated that this system is also the pattern followed by international tribunals, like the Inter-American Court of Human rights, in the sense that they have the authority to assess and appraise the evidence according to the rules of sound judgment, and avoid the adoption of a strict determination of the quantum of the evidence necessary to sustain a ruling. The Chamber of Cassation in Criminal Matters disregarded this grievance based on that the right to a legal defense that derived, among others, from article 8 of the American Convention on Human Rights has not been violated since the lower court had specifically assessed the genetic expert assessment and that the conclusions of the judgment were the result of a rational analysis of said evidence.

The main grievance consisted in the alleged extinguishment of the crimes charged. The lower court considered that the abduction of a minor, the change of identity and the forgery of personal documentation, which occurred during the Argentina dictatorship, constituted forced disappearance of persons and a crime against humanity, for which such crimes were not subject to stat-

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES IMPRESCRIPTIBLE

ute of limitations. Among other aspects, the appellant pointed out that it was not a crime against humanity given that the facts did not take place within the framework of a systematic attack against the civilian population and that the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons was not applicable since it was ratified by the Argentine State after the occurrence of the fact. Moreover, the appellant denied the existence of a rule within the domestic legislation which provide the so-called crimes against humanity and the regulation of the non-applicability of the statute of limitations, and he also indicated that the law of nations did not provide for the application of a peremptory norm. In addition, he indicated that, based on the principle of nullum crimen nulla poena sine lege praevia, the international criminal law cannot be the basis for the delivery of a condemnatory judgment. In this respect, the Chamber for Cassation in Criminal Matters pointed out that the Supreme Court of Justice of Argentina had solved that, in the 1970s, when the facts of the case took place, the Argentine legal system already provided for international norms that classified the forced disappearance as a crime against humanity. These norms, apart from being incorporated into several international treaties to which Argentina was a party, had attained the status, by the time of the events, of jus cogens.

The Chamber for Cassation in Criminal Matters considered that the facts of which the appellant was accused constituted forced disappearance of persons since the retention and concealment of a minor, who had been previously taken away from her biological mother detained during the Argentine military dictatorship, took place due to the assumption and subsequent replacement of its false legal status by means of the forgery of public documents, like the minor's birth certificate and identity document, all of which hindered the search of the minor conducted by their next-of-kin. Therefore, it deemed that the commission of the crime of forced disappearance continued until the true identity of the minor was discovered, that is, as from the results produced by the genetic expert assessment, taking into account the prior existence of the refusal to provide information on the fate or whereabouts of the minor. In this regard, the Chamber for Cassation in Criminal Matters also referred to the case-law of the Inter-American Court according to which the forced disappearance of persons affects, among other aspects, different juridical rights and it

continues owing to the deliberate intention of the alleged perpetrators, who, by refusing to provide information on the victim's whereabouts maintain the offense throughout time. Therefore, the forced disappearance of persons is an offense of a permanent nature.

Moreover, based on the case-law of the Inter-American Court, it pointed out that crimes against humanity include the commission of inhuman acts committed in a context of generalized or systematic attacks against civilians and that such crimes are intolerable in the eyes of the international community and offend humanity as a whole. While the forced disappearance of the then minor had not been an isolated fact but it had responded to a "general decision of a criminal enterprise executed by a governmental apparatus that violated fundamental human rights", the Chamber for Cassation in Criminal matters considered that such act constituted a crime against humanity which, according to the principles of jus cogens of international law, which is part of the Argentine domestic law, was non - extinguishable. Based on the foregoing, said Chamber disallowed the motion to vacate filed.

In the instant judgment, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters applied the case-law of the Inter-American Court of Human Rights based on the judgments delivered in the cases of Herrera Ulloa v. Costa Rica, Bulacio v. Argentina, Myrna Mack Chang v. Guatemala, Maritza Urrutia v. Guatemala, Almonacid Arellano et al v. Chile, Heliodoro Portugal v. Panama and Ticona Estrada et al v. Bolivia.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL
ARGENTINA

CAUSA NO. 10.896
RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO
POR VÍCTOR ENRIQUE REI
10 DE JUNIO DE 2010

... se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ... a los efectos de resolver el recurso de Casación interpuesto ... de la presente causa **Nro. 10.896** del Registro de esta Sala, caratulada “**REI, Víctor Enrique s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de esta ciudad, en la causa Nro. 1.278 de su Registro -Expte. Nro. 19.398/2002 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 1- resolvió con fecha 23 de abril de 2.009 -cuyos fundamentos fueron leídos el 30 de abril del mismo año-, en lo que aquí interesa: I. NO HACER LUGAR al planteo de prescripción de la acción penal incoado por la defensa respecto de la totalidad de los delitos imputados a Víctor Enrique Rei por tratarse aquéllos de delitos de lesa humanidad (art. 118 de la Constitución Nacional); II. RECHAZAR las nulidades opuestas por la defensa; III. CONDENAR a VÍCTOR ENRIQUE REI, de las condiciones personales que constan en autos, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce...; falsedad ideológica de

documento público respecto del acta de nacimiento inscripta bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad y falsedad ideológica REGISTRO NRO. 13.534 .4 de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N° 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí, a la PENA DE DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y AL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO, según los hechos que fueron verificados cuanto menos desde el día 6 de abril de 1.978 en esta ciudad y hasta el día 11 de julio del año 2.006 (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 54, 55, 146 según ley nro. 24.410-; 139 inc. 2° -según ley nro. 11.179- y 293 -párrafos primero y segundo- en función del 292, segundo párrafo -según ley nro. 20.642- del Código Penal de la Nación y arts. 398 y siguientes, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación; ...V. DECLARAR LA FALSEDAD INSTRUMENTAL del certificado de nacimiento que en copia luce...; del acta de nacimiento nro. 545 inscripta al Tomo I de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad cuya copia luce... y del DNI nro. 26.122.906 a nombre de Alejandro Adrián Rei que en copias fue agregado...; ORDENAR la supresión de aquéllos y sus inmediatas RECTIFICACIONES; ...XII. TENER PRESENTES las reservas de la defensa para recurrir en casación y plantear el caso federal.

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, asistiendo a Víctor Enrique REI..., el que fue concedido por el “a quo” con fecha 28 de mayo de 2009...

III. El doctor Alejandro María MACEDO RUMI, ejerciendo la defensa de Víctor Enrique REI, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

En primer lugar reintrodujo el planteo relativo a la nulidad de todo lo actuado a partir de las declaraciones informativa e indagatorias brindadas por su asistido a fs. 182/3; 578 y 895/896, lo que incluye el auto que convirtió su detención en prisión preventiva y dispuso su procesamiento..., el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal

a fs. 2054/2061 y el auto de elevación a juicio dictado en consecuencia...

Apoyó este ataque en que la indagatoria y previo acto informativo acorde la anterior legislación de rito se constituyó conforme la imputación respecto de la pareja Tasca-Casado. Producido el auto de procesamiento o prisión preventiva, afirmó, luego el hecho materia del proceso varió sustancialmente a raíz del descubrimiento de la verdad en un caso ajeno, que demostró la evidente falta de participación de REI en el hecho objeto procesal. Es decir, luego de encontrarse procesado aún por ese hecho inexistente, se lo elevó a juicio en materia de otro hecho completamente distinto, el que resultó en el debate oral. En resumen, no existe una correlación entre el hecho intimado en las indagatorias... y el que fue en definitiva materia del juicio. Entendió así violadas las normas de los arts. 166, 168, 294, 306, 307, 308, 346, 351 y 354 del C.P.P.N.

Seguidamente reiteró la nulidad de la pericia genética efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos... sobre la muestra obtenida del cepillo de dientes que fuera incautado del domicilio de calle El Ombú 1051 de la localidad de Don Torcuato, provincia de Buenos Aires, con motivo del allanamiento practicado el día 9 de septiembre de 2005.

Fundó esta impugnación en diversos motivos, tales como la inexistencia de un marco normativo procesal y penal específico que regule el procedimiento a seguir en los peritajes de ADN; la dudosa neutralidad del Banco Nacional de Datos Genéticos, por encontrarse integrado su Consejo Asesor por integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que reviste la calidad de querellante en la causa; el incumplimiento, como acto preliminar a la pericia, del adecuado registro de los datos de los integrantes del grupo familiar Sandoval-Fontana, por no constar en la causa sus impresiones digitales ni fotografías; la ilegalidad del procedimiento, por inobservancia de cuestiones técnicas atinentes al método de recolección, manipulación, transporte y conservación de los elementos incautados; por haberse visto violada la cadena de custodia de dichas muestras biológicas, desde el momento de su obtención en el domicilio de Ale-

jandro Adrián hasta su arribo al B.N.D.G. y en sus escalas intermedias dentro de las dependencias policiales, ello, al no haber sido ordenada judicialmente la filmación continua desde el momento de la recolección de la muestra hasta su recepción en el ente pericial; finalmente, por la ausencia de testigos ajenos al personal policial.

Criticó además que el perito de la División Laboratorio Químico de P.F.A. Alejandro Antonio Ladra que se encargó de recoger los elementos que luego serían peritados no haya tomado más recaudo que el uso de guantes y de bolsas plásticas de dudosa asepsia, de lo que se derivó la degradación de las muestras con anterioridad al inicio del examen.

Invocó el art. 6° de la ley 23.511 para señalar que resultaba obligatoria la realización de un análisis serológico sobre muestras de tipo hemático que en este caso no se llevó a cabo, sino que directamente se había implementado el método de detección de ADN en vestigios separados del cuerpo humano. Recordó, en este punto, que obra en la causa documentación que prueba el detalle sexológico que coincide exactamente con el resultado de ser hijo Alejandro Adrián REI de Víctor Enrique REI y de Alicia Beatriz ARTEACH...

Por otra parte, consideró viciadas de nulidad absoluta y general a las resoluciones que ordenan proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián REI y de llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123, 166, 169 y 172 del C.P.P.N., vulnerando los arts. 18 y 19 de la C.N. Ello por cuanto, la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

Impugnó asimismo el examen genético en sí, por cuanto el resultado brindó una simple probabilidad del 99,9999996 %, sin aportar la única certeza aceptada en estudios de ADN, que es la exclusión absoluta. Citó bibliografía que destaca el error de enviar muestras húmedas en bolsas cerradas —lo cual crea un ambiente propicio para la proliferación de bacterias—, y cri-

ticó la inexistencia de la cadena de frío —la cual no fue mantenida—, así como la forma de cerrar las bolsas con las muestras.

Destacó que, habiendo ya comenzado la pericia, en fecha 16/2/06..., la Dra. Di Leonardo fue dejada cesante entre el 13/3/06 y el 20/4/06, circunstancia que atenta contra la validez del examen, por cuanto temporariamente salió de su esfera de control.

Defendió el sistema de libre valoración de las pruebas, afirmando que los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjuntamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

En otro orden de argumentos, reiteró el planteo de prescripción de la acción penal de los delitos en juego, negando que se configurara en el caso un delito de lesa humanidad, por no haberse producido el hecho en el marco de un “ataque sistemático a una población civil”.

Recordó que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 1° de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima.

Observó que el límite temporal de comisión del delito es la fecha en que el menor cumple los diez años de edad, no pudiéndose considerar que resulte delictivo permanecer en una actitud pasiva más allá de ese límite que marca la propia legislación. Y en este sentido subrayó que el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse.

Sobre la base de las previas consideraciones entendió que debió aplicarse la ley 11.179, vigente al momento en que se consumó la conducta.

Agregó que el art. 18 de la C.N., en cuanto opone una absoluta prohibición a la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción penal, prevalece sobre los acuerdos internacionales, por disponerlos los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N.

Más allá de la gravedad de los llamados delitos de lesa humanidad, negó que existiera en la legislación argentina norma alguna que los prevea y que regule su imprescriptibilidad, no surgiendo del derecho de gentes norma imperativa que deba aplicarse.

Acudió al principio de legalidad, para resaltar que el derecho penal sólo puede descansar en la ley, no pudiéndose dictar una sentencia penal de condena fundándose en el derecho penal internacional, porque el derecho penal interno exige, indisolublemente, la doble precisión de la ley sobre los hechos punibles y sobre las penas a aplicar.

Por último, impugnó el monto de la pena, al que considera injusto e ilegal, por haber reposado sobre criterios irreales y meramente doctrinarios.

En este sentido, afirmó que no existe en la causa ningún estudio psiquiátrico o psicológico del que surja el daño concreto causado a Alejandro Adrián. Postuló como atenuantes no considerados, por un lado, al tiempo transcurrido para el descubrimiento del hecho y la elucidación de la causa a nivel procesal, lo que atribuye a la inacción del Estado, y por el otro, a la cantidad de tiempo ya cumplido en prisión preventiva, en violación al principio de inocencia. Igualmente cuestionó que se hubiera entendido como agravantes a la jerarquía y grado que ostentaba el imputado, pues el trabajo o la profesión se encuentran ínsitos en la punición, máxime cuando se trataba de un cargo medio, carente de facultades decisorias.

En orden a las cuestiones planteadas, reiteró la reserva del remedio federal previsto en el art. 14 de la let 48.

IV. Que en el término de oficina previsto por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentaron... el Sr.Fiscal General ante esta Cámara,... el... representante de la querellante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

El Sr. Fiscal General propició el rechazo del recurso de casación interpuesto, sustentando su opinión en tres órdenes de fundamentos.

Con relación al planteo de nulidad de las declaraciones informativa e indagatorias, reclamó un criterio restrictivo en materia de nulidades procesales, dada la gravedad de esta sanción, y entendió que la defensa en este acápite no hizo más que reeditar los planteos que expusiera en el debate, y que fueron debidamente tratados y respondidos por el tribunal del juicio.

En lo atinente al nuevo planteo de prescripción formulado por la defensa destacó que nuestro Máximo Tribunal ya se ha expedido sobre el tema, expresando que “...*las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*” (...). No habiendo la defensa del incuso REI controvertido los argumentos vertidos por nuestro más Alto Tribunal, agregó, no pueden ser éstos dejados de lado.

En torno a la alegada violación a los arts. 40 y 41 del Código Penal, entendió que escapa al control de la jurisdicción casatoria el elemento de valoración personal contenido en la valoración de la pena, dejando a salvo los supuestos de arbitrariedad o absurdo, pues en este último caso lo controlable en casación es la falta de motivación del fallo o su motivación contradictoria. Más allá de ello, juzgó correcta la valoración de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. que hizo el fallo, y en consecuencia consideró que éste se encuentra a cubierto del embate casatorio y aún a resguardo de tacha de arbitrariedad alguna.

... la querella Asociación Abuelas de Plaza de Mayo,... expuso los motivos determinantes del rechazo del recurso, que propicia.

Luego de señalar que a su criterio el recurso es inadmisibile, por haberse el impugnante limitado a reiterar los argumentos sostenidos durante el debate —sin realizar una debida crítica a la resolución del Tribunal que los descartó, ni indicar cuáles

son los vicios de la sentencia—, abordó la pretendida nulidad de lo actuado por defectos en las declaraciones informativa e indagatorias prestadas, señalando que estas actuaciones, además de haberse adecuado a las normas procesales vigentes, permitieron al imputado conocer sin inconvenientes la imputación, habiendo existido una correcta correlación entre los hechos objeto de la indagatoria, del procesamiento y de la condena.

Sobre la nulidad de la experticia genética, juzgó inválidos los argumentos que sustentan el planteo, tanto en lo relativo al marco legal regulatorio de la pericia, cuanto a la alegada parcialidad del Banco Nacional de Datos Genéticos. También rechazó como argumentos atendibles, el incumplimiento del adecuado registro de los datos del grupo familiar Sandoval-Fontana, la ilegalidad de la orden de allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y el procedimiento consecuente, la necesidad de resguardo de las muestras genéticas, la “obligatoria” realización de un análisis de tipo serológico, y la invocación de bibliografía en detrimento de la opinión de los expertos que concretamente se pronunciaron en la especie. En particular consideró absurdo que la defensa de Rei apoyara el pedido de nulidad invocando la afectación al derecho a la personalidad de Alejandro Adrián, por ser éste precisamente la víctima del delito.

Acerca de la alegada prescripción de los delitos juzgados, consideró que se encuentran en éstos todos los elementos requeridos para la conformación de un delito de lesa humanidad, a saber, la privación de la libertad de la víctima, la intervención de agentes estatales, la negativa a informar sobre su suerte o paradero, la imposibilidad de los familiares del menor de plantear los recursos legales pertinentes, y la ocurrencia de los hechos en el marco de un ataque sistemático a la población civil desde el aparato estatal. Siendo ello así, resulta aplicable la ya consolidada doctrina del más Alto Tribunal que determina la imprescriptibilidad de este tipo de delitos, resultando aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la que no

hizo más que reconocer una norma ya vigente del derecho internacional público de orden consuetudinario (*ius cogens*).

...

V. Celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., ... Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso.

El señor Juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Primeramente es menester determinar la admisibilidad formal del recurso, aspecto que la querellante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha objetado, por entender incumplida por parte de la defensa, la norma del art. 463 del código ritual, que exige que el recurso de casación sea acompañado de la citación concreta de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y de la expresión de la aplicación pretendida.

Más allá de no advertir que en su recurso... la defensa del encartado haya omitido una crítica concreta y circunstanciada de los argumentos jurídicos de la sentencia, ni haya dejado de mencionar las normas jurídicas que entiende violadas o erróneamente aplicadas, el criterio que debe primar en la materia ha de ser el que armónicamente adapta las normas procesales que rigen el recurso de casación a la garantía de la doble instancia emanada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 14.5— y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 8.2—, normas de jerarquía constitucional que otorgan al imputado el derecho de someter el fallo condenatorio a la revisión amplia y eficaz de un Tribunal Superior.

Estos compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas o contingentes requisitos formales se niegue el tratamiento del planteo del recurrente en esta instancia -aún cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica-, de lo cual se deriva la misión de esta Cámara Nacional de Casación Penal de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena.

En este sentido debe recordarse el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación que, con sustento en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, se estableció a partir del fallo “LÓPEZ, Fernando Daniel s/recurso de queja” (causa Nro. 4807, Reg. Nro. 6134.4, rta. el 15/10/04).

Observando estos principios, “... para habilitar la instancia de casación basta entonces con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debe conducir a la eliminación total o parcial de la resolución. En la fiscalización de tales vicios el tribunal de casación, en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuencias. Así, el tribunal debe aplicar el principio *iura novit curia*, hasta hoy inaplicable en gran medida en casación, y no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible” (del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 9 de agosto de 2005, in re: ...).

Esta interpretación amplia ha sido establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (C.S.J.N, en la ya mencionada causa “Casal”).

Confrontando al caso estos criterios imperantes, se percibe que el recurrente ha cumplido con su carga procesal, indicando los motivos de su agravios y habilitando a este tribunal para el cumplimiento de su misión de fiscalizar la sentencia en cuanto a dichos agravios, tanto en cuanto al examen tradicional de la exacta aplicación de las disposiciones legales en juego, cuanto al análisis de las pruebas de la anterior instancia que trascienden a la inmediación.

En orden a lo expuesto y de conformidad con las prescripciones contenidas en los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del

C.P.P.N. corresponde declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Enrique REI.

II. Sentado ello, al efecto de abordar el tratamiento de los agravios introducidos, creo conveniente sistematizar a éstos en torno a cuatro núcleos conceptuales, a saber: 1) la nulidad planteada por ausencia o defectos de la indagatoria, por encontrarse enderezada la originaria imputación a un hecho distinto de aquél por el cual REI fue finalmente juzgado y condenado; 2) la nulidad de la experticia genética, comprensiva tanto de la ilegalidad de la resolución que la dispone, cuanto de diversos otros aspectos relativos a su realización; 3) la calificación de los delitos como de lesa humanidad y la prescripción de la acción penal; 4) el monto de la pena.

III. El primero de los agravios así determinados pretende la nulidad de todo lo actuado a partir de las declaraciones informativa e indagatorias brindadas por Víctor Enrique REI..., nulidad que incluiría el auto que convirtió su detención en prisión preventiva y dispuso su procesamiento..., el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal... y el auto de elevación a juicio dictado en consecuencia...

...

IV. a) La impugnación de la validez de la prueba consistente en la pericia efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos... remonta sus cuestionamientos a las resoluciones mismas que ordenaron proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123, 166, 169 y 172 del C.P.P.N., y a los arts. 18 y 19 de la C.N. y se apoya, tal impugnación, en que la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

El planteo se vale de la tensión existente entre el interés del Estado en investigar y reprimir el delito —en aras del cual el art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación confiere al juez la potestad de ordenar por auto fundado el registro de determi-

nado lugar si hubiere motivo para presumir que en él existen cosas vinculadas a la investigación de un delito, sumado a la posibilidad de disponer el secuestro de esas cosas (art. 231)—, y las garantías individuales que se entienden violadas —en este caso las de Alejandro Adrián, tales como el derecho de preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de propiedad, el de disponer de su propio cuerpo, en fin, el de resguardar su intimidad y protegerla de injerencias extrañas—, y sostiene, en este conflicto, la preeminencia de estas últimas garantías.

Sin embargo, por de pronto, a esta ecuación se incorporan los derechos de quienes constituyen la familia biológica de Alejandro Adrián. Ellos también han sido afectados por el delito y pretenden conocer la verdad de los hechos y dilucidar si el nombrado es efectivamente hijo de Liliana Clelia Fontana y de Pedro Fabián Sandoval, y de esta manera poder acaso, además, avanzar un paso más en la investigación sobre la desaparición forzada de estos últimos.

En el dilema, bueno es recordar que las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su art. 75, inc. 22, no impiden ni prohíben en forma absoluta la afectación de los derechos individuales, ni la adopción de medidas que requiera el esclarecimiento de un delito, sino que sólo importan el establecimiento de una serie de recaudos que constituyen un marco protector para que los derechos de los habitantes de nuestro país no sean injustamente vulnerados.

Observando este concepto nuestro más Alto Tribunal... ha resuelto una cuestión análoga, lo que nos conduce a revisar si se presentan en la especie los parámetros tenidos en cuenta por el mencionado fallo para otorgar validez a una medida similar que confrontaba idénticos intereses.

Este examen me lleva a advertir que en autos no se observa que la medida en cuestión haya afectado los derechos individuales más que en la medida estrictamente necesaria para la dilucidación de la verdad, y sin afectar la vida, salud, integridad corporal o intimidad de la víctima, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo de la persona involucrada.

Igualmente se constata que la medida aparece como una diligencia razonable e idónea para la averiguación de la verdad, pues los objetos así obtenidos han permitido la realización de la pericia genética que a la postre constituyó una prueba dirimente del resultado del proceso.

La similitud del caso sub examine con el precedente mencionado ya fallado por la C.S.J.N., nos permite aplicar su doctrina y compartir que "...la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentro adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delito, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas".

...

Desde esta perspectiva -atinente a la legitimación para invocar la nulidad-, el caso presenta originales aristas.

En primer lugar porque, a diferencia de lo fallado *in re* "RAYFORD", en esta especie, a la puja de intereses y de valores allí involucrados se incorporan los de terceras personas -las que formarían la familia biológica de Alejandro Adrián-, derechos que intensifican la necesidad de conocer la verdad, desde una perspectiva personal e individual, y más allá del interés estatal general de reprimir cualquier delito.

...

j) Como último aspecto de su ataque a la pericia genética, se impugnó la valoración que del examen genético hizo el *a quo*, por cuanto el resultado brindó una simple probabilidad del 99,9999996 %, sin aportar la única certeza aceptada en estudios de ADN, que es la exclusión absoluta.

En esta línea, la defensa de REI invocó el sistema de libre valoración de las pruebas, afirmando que los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjun-

tamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

Sobre el punto conviene recordar que nuestro Código Procesal Penal ha adoptado el sistema de la sana crítica racional -art. 398, 2º párrafo-, que requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común. *“Las reglas de la sana crítica son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture) ellas informan el sistema de valoración de la prueba adoptado por nuestro Código Procesal Penal en su art. 398, 2º párrafo, estableciendo plena libertad de convencimiento de los jueces pero exigiendo que las conclusiones a que arriben en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas; sin embargo esta libertad reconoce un único límite infranqueable, respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano es decir, las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.”* (C.N.C.P., Sala II, in re: “WAISMAN, CARLOS A. s/recurso de casación” rta. el 4/4/94).

La sana crítica es también la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo. En esta línea, se ha expresado que *“este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”* (cfr.

Corte Interamericana de Derechos Humanos in re: Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párag. 48; y “Herrera Ulloa v. Costa Rica” sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

De los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos surgen los principios que conforman la garantía del debido proceso, tales como los de sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia, de los que se sigue el derecho fundamental de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias constancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido.

Confrontando estos principios a la queja del recurrente, recordemos que éste no se contentó con la alta probabilidad que aportó el estudio de ADN y reclamó que el examen genético mereciera la consideración de mero indicio que deberá ser apreciado por el juzgador conjuntamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

Si bien *“la doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al juez, quien podrá separarse del dictamen siempre que tenga la convicción contraria”*... conforme a las reglas de la sana crítica que también imperan en la valoración de este tipo de medio de prueba (art.263 in fine del C.P.P.N.), para separarse del resultado del dictamen pericial, el juez *“...deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento”* ..., y de allí que sobre el punto se haya resuelto que *“Las conclusiones no obligan a los jueces; sin*

embargo, prescindir de ellas requiere oponer otros elementos no menos convincentes”...

En el caso, los jueces del tribunal *a quo* han valorado de forma correcta, que las conclusiones periciales han sido categóricas —brindando un porcentaje de probabilidades cercano a la certeza absoluta de que Alejandro Adrián es hijo de la pareja conformada por Liliana Clelia Fontana y Pedro Sandoval— y concordantes entre todos los peritos, incluyendo al perito de parte de la defensa, Dr. Mariano Castex.

Por otro lado, no se observa discrepancia alguna entre el resultado pericial y el restante material que integra el plexo probatorio, por cuanto, aún sometida la valoración de la pericia a este tamiz, su resultado no hace más que corroborar los extremos que aún sin esta prueba resultaban probables, teniendo en cuenta la fecha en que verosímilmente se produjo el nacimiento de Alejandro Adrián y la de su inscripción por parte de Víctor Enrique REI.

De esta manera, la errónea valoración de la prueba pericial que el recurrente le imputa al fallo no resulta acertada, pues del mismo se advierte que los miembros del tribunal del juicio han valorado en forma conjunta la prueba agregada a la causa y sus conclusiones aparecen como el resultado de un análisis racional de la prueba incorporada.

Así, resultando lógicamente comprobable el *iter* condenatorio transitado por el tribunal de “a quo”, atribuyendo responsabilidad penal al encartado en virtud de una prueba pericial categórica y concordante con los demás elementos de la causa, las objeciones de la defensa se reducen, entonces, a una valoración distinta de aquélla, sin que existan elementos en la causa que sustenten su apreciación, por lo que corresponde el rechazo del agravio invocado en cuanto a la errónea valoración del plexo probatorio.

V. En lo que calificamos como su tercer grupo argumental, la defensa reiteró el pedido de prescripción de la acción penal de los delitos en juego.

Este planteo ha sido esgrimido, en primer lugar, en base a negar que se configurara en el caso un delito de lesa humani-

dad, por no haberse producido el hecho en el marco de un “ataque sistemático a una población civil”.

a) La queja nos conduce a determinar los límites conceptuales del delito de lesa humanidad, que se fue formando, delimitando y perfeccionando a lo largo del tiempo, a partir del prólogo a la Convención de La Haya de 1907 y, posteriormente, fue utilizada en los Protocolos I y II de la Cuarta Conferencia de Ginebra de 1977, instrumentos en los que comenzó a moldearse el concepto sobre una idea de ataques generalizados y sistemáticos contra una población civil, proveniente de un poder organizado por el Estado.

Pero la primera declaración formal en que se asentó positivamente el concepto surge del art. 6 inc. c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg del 8 de agosto de 1945, declarando como tales *“el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”*.

Este Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946 y declarado como parte integrante de los “principios del derecho internacional”.

Con posterioridad, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad de 1968 (con jerarquía constitucional para nuestro país, según Ley 25.778 del 3/9/03) estableció, en su art. I ap. b) la imprescriptibilidad de *“los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg del 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito*

de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Con la instauración de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (cfr. Resoluciones del Consejo de Seguridad Nros. 808/93, 827/93 y 955/94) se consolidó definitivamente la noción de crímenes de lesa humanidad. Así, el art. 5/ del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia los enuncia como “... los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos ...”; y por su parte, el art. 3/ del Tribunal para Ruanda establece que “... los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos de nacionalidad o por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos”.

Finalmente, en la más reciente determinación del concepto de los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en el año 1998 (nuestro país ratificó el Estatuto el 16/1/01 y rige al respecto la Ley N/ 26.200- Ley de Implementación del Estatuto de Roma) dispone en su art. 7/, que “... se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...”, enumerando posteriormente una serie de conductas constitutivas de dicho delito, entre las cuales figura en su inciso i) la “Desaparición forzada de personas;...”

Del mismo modo, el punto 2 inc. a) del artículo 7/, expresa que “... por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de ac-

tos mencionados en el párr. 1/ contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política ...”.

Nuestro Máximo Tribunal ha tenido oportunidad de aplicar estas nociones y de aproximarlas a nuestra historia, sosteniendo en el caso “Simón”, del 14 de junio de 2.005, que *“la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes Cámara Nacional de Casación Penal contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado. El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son “fundantes” y “anteriores” al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, “Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil”, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor” (Locke, John, “Segundo Tra-*

tado sobre el Gobierno civil”, capítulo Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales. El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un “Terrorismo de Estado” que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad” (voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13).

En resumen el Alto Tribunal señaló que “... ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*.” (Conf. CSJN - “Fallos”: 328, pp. 2056).

También en el caso “DERECHO, RENE” (11/07/2007, Fallos: 330:3074), nuestra C.S.J.N. ha examinado las conductas y elementos que permiten encuadrar una conducta dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad a la luz de lo prescripto en el art. 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, ha señalado que “... Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra “k”, apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un “ataque generalizado o sistemático”; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil. En cuarto lugar, se encuentra un elemento que podría ser descripto como complejo. En efecto, por la forma en que comienza su redacción, sólo parecería que se trata de la definición de un elemento ya enumerado, es decir la existencia de un ataque. El porqué de la reiteración del término “ataque” se explica a partir de las discusiones en el proceso de elaboración del Estatuto, que aquí pueden ser dejadas de lado. Lo relevante es que el final del apartado 1 incorpora realmente otro elemento, que con-

siste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política”.

Respecto de los requisitos exigidos por la norma, sostuvo que “... *En primer lugar, el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado un delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez —y esto es lo central— sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad...*”

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, y de manera congruente con la postura asumida por nuestro Máximo Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” estableció que “*los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad.*” También señaló que “*los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda*” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26/9/2006, Párr. 98).

A su turno, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso “Endemovic”, expresó que “*Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa*

humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.

Tal como se verá *infra*, las normas penales internacionales que prohíben los crímenes de lesa humanidad pertenecen al ius cogens y son, en consecuencia, normas imperativas y de exigibilidad universal (oponibles erga omnes). Esta imperatividad universal, puede surgir de una fuente consuetudinaria, de un principio general del derecho o incluso de un principio general de humanidad, y podrá reflejarse ulteriormente en una Convención o tratado, mas es indispensable señalar que la imperatividad se impone por la comunidad internacional con total prescindencia de la firma de una Convención o Tratado...

b) A la luz de estos principios teóricos ha de analizarse la calificación legal escogida por el “a quo” al caracterizar las conductas en juego como un delito de lesa humanidad, a los efectos de atender el agravio que sostiene que los hechos imputados no constituyen un delito de tal naturaleza, y que en consecuencia la acción a su respecto se encuentra prescripta.

Al efecto, recuérdese que el tribunal resolvió condenar a Víctor Enrique REI como coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce...; falsedad ideológica de documento público respecto del acta de nacimiento inscripta bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad y falsedad ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N° 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí.

La correcta calificación de estos hechos requiere tener en cuenta que, tal como ha quedado acreditado, Liliana Clelia FONTANA fue secuestrada el 1° de julio de 1977, en la vivienda de calle Kelsey 2034, de la localidad de Caseros, Provincia

de Buenos Aires, por agentes estatales; que por entonces se encontraba embarazada con más de dos meses de gestación, y que, estando en cautiverio dio a luz a Alejandro Adrián; que a posteriori ese niño nacido en cautiverio, fue retenido y ocultado, e incorporado en forma irregular a otra familia —sin vínculo biológico alguno—, con la consecuente supresión de su estado civil mediante la falsedad ideológica de diferentes instrumentos públicos, imposibilitando así a sus familiares biológicos conocer la existencia y el paradero del niño.

El contexto en que se han llevado a cabo las figuras delictivas condujo al tribunal anterior, con un criterio que compartimos, a sostener que los hechos por los cuales se acusara a Víctor Enrique REI constituyen una desaparición forzada de persona, por cuanto la retención y ocultación de Alejandro Adrián —previamente sustraída de su madre biológica— sólo pudo mantenerse mediante la supresión y posterior sustitución de su estado civil a través de las distintas falsedades ideológicas de documentos públicos, de modo tal que estas formas comisivas concomitantes no resultan conductas aisladas sino parte integrante de aquella primitiva sustracción.

En cuanto al referido contexto, señala con acierto el colegiado anterior que *“no es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes, implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (Cfr. al respecto lo señalado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 309:33 y 309:1689, por el Procurador General de la Nación in re “Simón”, considerando VII; por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas —CONADEP—; y por la Comisión Americana de Derechos Humanos, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina de 1980).”*

Lo decisivo, a los fines del correcto encuadramiento jurídico, es que los hechos que conformaron los delitos juzgados se dieron en un marco mucho más amplio, consistente en una multi-

plicidad de hechos ilícitos tales como desapariciones forzadas de personas, privaciones ilegítimas de libertad y tormentos, entre otros, ocurridos durante la última dictadura militar gobernante.

En estas circunstancias, la conducta en que incurrió Víctor Enrique REI responde a la que describe la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por ley 24.556), esto es, *“la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”* (artículo II).

En el caso, la desaparición forzada de Alejandro Adrián, se consumó mediante su sustracción física de manos de su madre detenida, y posterior sustitución de su verdadera identidad por otra, lo que frustró la búsqueda por parte de sus familiares.

En esta línea, participamos de la opinión que llevó a los magistrados de la instancia anterior a expresar que *“...la desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su ‘privación de libertad’, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la ‘falta de información o la negativa’ de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -Arts. 146, 139 y 293 del C.P.-.”*

No debe dejar de considerarse que la conducta del imputado no sólo se desarrolló en el contexto del terrorismo de Estado que se asentó durante la última dictadura militar, sino que también ella misma formó parte de los ataques cometidos desde el poder estatal, al ser Clelia Liliana Fontana -progenitora de Alejandro Adrián- una de las personas que sufrió la detención y posterior desaparición orquestada desde las esferas del poder.

La conexión de la detención y desaparición de los padres de Alejandro Adrián con esa política de estado se encuentra sobradamente probada, por cuanto múltiples testimonios dan cuenta de que la pareja Fontana-Sandoval, previamente a su desaparición, permanecieron en el centro clandestino de detención conocido como el “Club Atlético”, ubicado en una dependencia de la Policía Federal Argentina.

Esta conexión entre el delito y la política de violación a los derechos humanos desatada por la dictadura militar en aquel entonces, sella su suerte, además, como delito de lesa humanidad, por cuanto concuerdan sus elementos esenciales con los que establece el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en el año 1998, que mencionáramos más arriba como la más reciente determinación de la figura del delito de lesa humanidad.

El referido Estatuto dispone en su art. 7/, que “... *se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...*”, y enumera luego una serie de conductas constitutivas de dicho delito, entre las cuales figura en su inciso i) la “*Desaparición forzada de personas;...*”

Del mismo modo, el punto 2 inc. a) del artículo 7/, expresa que “... *por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párr. 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política ...*”.

Desde nuestra óptica, el Tribunal inferior ha analizado correctamente las características fácticas del hecho, desde los elementos probatorios incorporados, y ha explicado satisfactoriamente su calificación como desaparición forzada de persona y como delito de lesa humanidad.

c) Contra esta caracterización jurídica efectuada por el fallo, el recurrente ha argumentado que “...*en el accionar del estado en los años 70, no hubo ningún ‘ataque sistemático a una población civil’, sino una respuesta exclusiva y excluyentemente diri-*

gida a ejércitos irregulares conformados por combatientes armados y entrenados, lo cual constituye una acción de suyo justa y legítima...” ... y que en el análisis que hizo el fallo “...se omite otro detalle nada menor: que la situación descripta por las Convenciones Internacionales de DDHH opera en tiempos de paz, pues en tiempo de guerra dicha legislación es suplantada por las Convenciones de Ginebra y La Haya sobre el derecho de guerra” ...

Tales argumentos no conmueven, desde mi óptica, lo expresado por el resolutorio en el sentido de que *“Liliana Clelia Fontana Deharbe y Pedro Fabián Sandoval fueron secuestrados de la vivienda familiar...”* por lo cual *“...no resulta necesario analizar si los nombrados pertenecían o no a alguna organización armada, ni el carácter jurídico de ésta, ya que lo cierto es que ninguno de los declarantes ni las personas que aún continúan desaparecidas se encontraba en combate”...*

Por lo demás, compartimos que *“Respecto a la calidad de la existencia de conflicto armado o no, los Estados que redactaron el Estatuto de Roma reafirmaron, por omisión de toda relación con un conflicto armado, que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflictos armados” (...).*

d) Tampoco resulta admisible el argumento de que la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas *“es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse (el día 1º de marzo de 1989) cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima” (...),* pues tal razonamiento olvida que *“...la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la*

desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad”...

Sin perjuicio de ello, conforme se especifica *infra...*, el delito cometido por Víctor Enrique REI es de naturaleza permanente o continuada, y su comisión se prolongó hasta una fecha muy posterior a la del inicio de la vigencia de la Convención señalada por el recurrente, por lo que, en razón de los mismos fundamentos allí expresados, tal ordenamiento le resulta directamente aplicable.

e) Acerca del encuadramiento jurídico de los hechos, también la defensa acudió al principio de legalidad, para resaltar que el derecho penal sólo puede descansar en la ley, no pudiéndose dictar una sentencia penal de condena fundándose solamente en el derecho penal internacional, porque el derecho penal interno exige, indisolublemente, la doble precisión de la ley sobre los hechos punibles y sobre las penas a aplicar.

Sobre el tema, los argumentos del quejoso no conmueven lo expresado por el tribunal inferior cuando, con remisión a lo expresado por el Procurador General de la Nación, compartió que “...*Debe quedar claro que no se trata de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional -que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito de legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas...*” (Cfr. *Incidente de apelación y nulidad de prisión preventiva –expediente 30.312- formado en la causa N° 1.499 del registro de este órgano jurisdiccional, caratulada “Videla, Jorge Rafael s/supresión del estado civil de un menor -art. 139, inc. 2º- dictamen del 23 de agosto de 2001).*”

De esta manera, el tratamiento que mereció el asunto por parte del Inferior no hizo sino seguir el camino señalado por la doctrina de nuestro Máximo Tribunal *in re* “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros” (causa n° 259, resuelta el 24/08/2004, Fallos: 327:3312). Allí, resultan esclarecedores los conceptos vertidos sobre el punto por el voto del ministro Juan Carlos Maqueda: “*El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, di-*

rectamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores” (Considerando 33); “Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional (conf. Arg. Fallos: 318:2148, considerando 4°), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.” ... “Por consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinaria de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional” (Considerando 42) “...lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio nullum crimen sine lege por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional - incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional-, sino que también constituía un delito para el código penal argentino. Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. En otras palabras, el código penal, además de ser el producto de la política en lo criminal adoptada por el

legislador para proteger a sus habitantes, también aparece como el instrumento con el que el Estado argentino asume la punición respecto de determinadas conductas por exigencia de la comunidad internacional” (Considerando 57).

La aplicación de estos principios al hecho concreto de autos nos conduce a descartar las razones del recurrente, compartiendo lo expresado por el colegiado anterior, en cuanto expuso que “... el universo fáctico abarcado por la desaparición forzada de Alejandro Adrián, se encontraba ya previsto en los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años de edad -Art. 146 del CP-; y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas”.

Y agregó que “Esto es así porque, la desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su “privación de libertad”, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la “falta de información o la negativa” de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -arts. 146, 139 y 293 del CP.- (En igual sentido, Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, Exp. 30.312 “Videla, J.R. s/prisión preventiva”, resuelta el día 9 de septiembre de 1.999)”.

f) A fin de agotar el tratamiento de los agravios relativos al correcto encuadramiento jurídico de los hechos, recordemos que la defensa entendió que debió aplicarse la ley 11.179, vigente al momento en que se consumó la conducta, en lugar de la más gravosa n° 24.410, promulgada en diciembre de 1994.

Sobre el punto ya ha recaído pronunciamiento de la CSJN en los autos “REI, VICTOR ENRIQUE Y OTRO (S) s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)” (causa R. 1236. XLI, resuelta el 29 de mayo de 2007), en la cual el Alto Tribunal compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal relativos a la aplicación de la ley 24.410 al caso —que resultaba según la defensa de REI contraria al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución

Nacional—. Al respecto, concluyó que “...las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley 24.410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el art. 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (*tempus regit actum*) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes.” (Dictamen del Procurador Fiscal, de fecha 15 de agosto de 2.006).

De esa manera, ha quedado aclarada la inteligencia que debe reconocerse a las aplicabilidad temporal de la ley 24.410, restando en todo caso determinar si, en la especie, la acción típica había continuado cometiéndose al tiempo de entrada en vigencia de esta norma.

Al respecto, entiendo correcta la interpretación dada por el *a quo* en cuanto a que la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima, por cuanto es la que mejor se conforma con la naturaleza del delito (de ejecución permanente o continua), teniendo en cuenta la persistencia de la “negativa de información acerca de la suerte o paradero de la víctima”, y es la inteligencia que ha adoptado, además, la C.I.D.H. en los precedentes “Heliodoro Portugal vs. Panamá” (12/08/08) y “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia” (27/11/08). En estos asuntos, se dijo que “...la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolon-

ga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima”.

En el caso que ahora nos ocupa, los jueces que en este aspecto conformaron la mayoría entendieron que el delito cesó de ejecutarse el día 11 de julio de 2.006, fecha en la cual la víctima recuperó su identidad por haberse recibido en este proceso el resultado del estudio inmunogenético practicado por el Banco Nacional de Datos Genéticos...

El criterio no parece desacertado en cuanto a que, si habremos de aceptar que la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima, bien puede considerarse determinante el momento de obtención de datos fidedignos que permitan conocerla. La única objeción que advierto contra esta opinión es que, estando sujeta la pericia genética a impugnaciones, se requeriría la ulterior ratificación judicial, y siguiendo en esta línea de razonamiento, sólo al adquirir firmeza la sentencia condenatoria, se podría tener dilucidada la verdad de los hechos —y con ellos, la cuestión de la verdadera identidad— en forma inconvencible y definitiva.

La cuestión nos llevaría a adentrarnos en una discusión que a la postre resultaría bizantina, porque dadas las circunstancias del caso, nos basta con la seguridad de que el momento de cesación de la acción típica no podría situarse “antes” de la obtención del resultado de la prueba genética que ha develado la identidad de Alejandro Adrián con un grado de altísima probabilidad, cercana a la certeza.

Por su parte, en el dictamen del Procurador Fiscal de fecha 15 de agosto de 2.006 en los mencionados autos “REI, VICTOR ENRIQUE Y OTRO (S) s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)” (causa R. 1236. XLI de la C.S.J.N.) afirmó que, a esa fecha, el delito “*aún se está cometiendo*”.

Conforme a todo ello, y cualquiera fuere el criterio que adoptemos dentro de estos posibles, sin duda alguna a la fecha de entrada en vigencia de la ley 24.410 (publicada en el B.O. del 2/1/95), se mantenía la ejecución del delito, y por ello, esta norma es la que resulta aplicable.

g) Con relación a la naturaleza del delito —sustracción del presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar—, en el precedente “GUALTIERI” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la disidencia parcial (sobre otros aspectos) de los ministros Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni, se expresó que *“...queda claro que el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado. Pero no se trata de uno más de los muchos cometidos en el curso de los siglos, en que por cierto son generosos en su aberración los ejemplos de las dos centurias anteriores...sino que se trata de un crimen cuya perversa originalidad le quita cualquier analogía con todos los conocidos”*. *“Salvo las recientes investigaciones en curso sobre el destino de niños por el régimen franquista, no hay en el mundo precedentes de casos de secuestro y consiguiente privación de identidad en forma masiva de niños de cortísima edad o nacidos en cautiverio o arrebatados de sus hogares, habiendo sido casi siempre asesinados sus padres en el curso de la práctica de otros crímenes de estado, manteniendo esta situación indefinidamente en el tiempo.*

Es claro que el crimen en autos no configura un hecho aislado, sino que respondió a una decisión general en el marco de una empresa criminal llevada a cabo por un aparato de poder del Estado violador de elementales derechos humanos” (Considerando 7º).

En el Dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiente a la causa “VAZQUEZ FERRA, EVELIN KARINA s/incidente de apelación”..., dicho magistrado recordó que *“...como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la práctica de sustracción de niños hijos de desaparecidos, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen la familia (artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos V y VI de la Declaración Americana de los Dere-*

chos y Deberes del Hombre; Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1987/8, págs. 350/63).”

h) De la caracterización jurídica de los hechos así determinada se sigue la respuesta al planteo de prescripción formulado.

Al respecto, adujo el recurrente que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 1º de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima, o bien cuando el menor cumplió los diez años de edad, no pudiéndose considerar que resulte delictivo permanecer en una actitud pasiva más allá de ese límite que marca la propia legislación. Y en este sentido subrayó que el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse; y agregó que el art. 18 de la C.N., en cuanto opone una absoluta prohibición a la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción penal, prevalece sobre los acuerdos internacionales, por disponerlos los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N. Más allá de la gravedad de los llamados delitos de lesa humanidad, negó que existiera en la legislación argentina norma alguna que los prevea y que regule su imprescriptibilidad, no surgiendo del derecho de gentes norma imperativa que deba aplicarse.

La cuestión así expuesta resulta idéntica, en lo pertinente, a la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los ya citados autos “ARANCIBIA CLAVEL”, en los que se expresó que “..*el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un*

mero hecho histórico-anecdótico.” (Considerando 20); “*Que la excepción a esta regla está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe...*” (Considerando 21); de ello se sigue “*...la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad*” (Considerando 26); “*Que esta convención (sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la aplicación de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos*” (Considerando 28); “*Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno*” (Considerando 29).

Similares principios aplicó nuestro Alto Tribunal in re: “SIMON, JULIO HECTOR Y OTROS s/privación ilegítima de la libertad, etc”... con relación a la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de los crímenes de lesa humanidad, debiendo destacarse, sobre este particular aspecto el voto del ministro Antonio Boggiano en cuanto expresó “*Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido*

prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino...”

De esta manera, compartiendo el hecho objeto de esta causa la estudiada naturaleza de lesa humanidad, y no existiendo, en lo que nos interesa, diferencias esenciales con los que motivaron precedentes mencionados, resultan aplicables sus principios, lo que determina el rechazo de la defensa de prescripción.

...

VII. Por los fundamentos que anteceden, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI..., con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.), y tener presente la reserva del caso federal efectuada por el recurrente.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

Que por coincidir en lo sustancial con las consideraciones realizadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, adhiero a su voto.

Sin embargo, considero oportuno precisar, respecto al planteo que involucra el tiempo en prisión preventiva que lleva el incuso y la duración del proceso como circunstancias atenuantes para la graduación de la pena en los términos del art. 40 y 41 del Código Penal, que en mi opinión, el tratamiento del agravio se torna insustancial, toda vez que el recurrente no logra demostrar los extremos que dan lugar a la articulación.

En este orden de ideas, no es posible soslayar que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Salgado, Héctor y otros s/defraudación a la Administración Pública -causa N/ 15174 -34341-”..., recordó que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas -garantía de plazo razonable- reconocido a partir de los precedentes... “se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación... pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos

y, precisamente, ‘la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible’...”

El **señor juez Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso** dijo:

Que adhiero a los votos que anteceden.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto... por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

...

LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS
POLÍTICO-ELECTORALES DEBE BASARSE
EN CRITERIOS OBJETIVOS Y RAZONABLES
EN RELACIÓN CON EL EFECTO ÚTIL
QUE SE PRETENDA CON ESA MEDIDA

Sinopsis: En esta sentencia, la Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, promovido por una persona a quien mediante una resolución el Instituto Federal Electoral le negó la expedición de la credencial para votar con fotografía. Los derechos político-electorales de dicha persona estaban suspendidos por encontrarse cumpliendo una pena corporal en libertad.

Entre otros, la Sala Regional señaló que el derecho al sufragio estaba reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, indicó que aunque la Constitución Política de México dispone que los derechos y prerrogativas del ciudadano, como los derechos político-electorales, se suspenden cuando la persona se encuentra sujeta a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, tal suspensión no es absoluta ni categórica. Al analizar las posibles restricciones que el ejercicio de estos derechos puede tener, la Sala Regional se remitió a la Convención Americana y a la interpretación que de dicho instrumento ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, estableció que los tratados internacionales celebrados por México son de observancia y aplicación para todos los juzgadores del Estado mexicano, y que la jurisprudencia que la Corte Interamericana emite respecto a la interpretación de la Convención Americana es de observancia obligatoria. En tal sentido, con base en diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Sala Regional se refirió al control de convencionalidad que deben ejercer los jueces, conforme al cual

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

están obligados a aplicar la Convención Americana en las decisiones que impliquen vulneración de los derechos contemplados en ella, armonizando las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana. De esta forma, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de competencia local o federal, necesariamente deben lograr interpretaciones conforme al *corpus iuris* interamericano. Con base en lo anterior, la Sala Regional estableció que los derechos constitucionales son susceptibles de armonizarse, entre otros, con los tratados internacionales, pues forman parte de la “Ley Suprema de la Unión” en lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad.

Señaló que el artículo 23 de la Convención Americana reconoce el derecho de todos los ciudadanos de votar en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Asimismo, que el artículo 29 de dicha Convención reconoce y consagra el principio de interpretación *pro homine*. Remitiéndose a casos decididos por la Corte Interamericana en los cuales analizó el contenido del referido artículo 23 de la Convención, la Sala Regional estableció, entre otros, que el Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos, por lo que es indispensable que se generen las condiciones y mecanismos óptimos para que tales derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Además, también indicó que como los derechos políticos no son de carácter absoluto, su restricción debe basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo, es decir, que cuando haya varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue. Por lo tanto, la suspensión de los derechos político-electorales consiste en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano, cuando a éste se le comprueba el incumplimiento de sus obligaciones correlativas o se acredite su responsabilidad en la infracción de algún ordenamiento legal.

Sin embargo, todo límite o condición para el ejercicio de tales derechos debe basarse en criterios objetivos y razonables.

En el caso concreto, la Sala Regional verificó que el agraviado se había acogido al beneficio de la condena condicional, que se encontraba gozando de libertad por una causa lícita y que, al momento de dictar sentencia, ya estaba rehabilitado en sus derechos político-electorales, por lo cual consideró que no existía causa objetiva ni razonable para que la autoridad correspondiente le negara la expedición de la credencial para votar. Por lo tanto, la Sala Regional revocó la resolución del Instituto Federal Electoral objeto del juicio promovido y, entre otros, ordenó a la autoridad respectiva la expedición de la credencial para votar a favor del agraviado.

En la sentencia, al abordar el tema del control de convencionalidad, la Sala Regional citó los siguientes casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *La Cantuta vs. Perú*, *Boyce y otros vs. Barbados*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *Radilla Pacheco vs. México*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *Vélez Loor vs. Panamá*, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Además, al abordar el contenido del artículo 23 de la Convención Americana, la Sala Regional se refirió a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. México*.

THE SUSPENSION OF THE EXERCISE OF POLITICAL
AND ELECTORAL RIGHTS MUST BE BASED
ON OBJECTIVE AND REASONABLE
CRITERIA IN RELATION TO THE EFFECTIVE
APPLICATION INTENDED WITH THAT MEASURE

Synopsis: *In this judgment, the Regional Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary, Fifth Proportional Vot-*

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

ing District, conducted a proceeding for the protection of the citizen's political and electoral rights, which was instituted by a person to whom, by means of a resolution, the Federal Electoral Institute denied the issuance of a voter's registration card with a photograph. The political and electoral rights of said person were suspended given that he was released on parole.

Among other aspects, the Regional Chamber pointed out that the right to vote was embodied in article 23 of the American Convention on Human Rights. Moreover, it indicated that though the Political Constitution of Mexico provides that the rights and prerogatives of the citizen, like the political and electoral rights, are suspended whenever a person is subject to a criminal proceeding in which the punishment is imprisonment, such suspension is neither absolute nor exclusive. Upon analyzing the possible restrictions that the exercise of these rights may have, the Regional Chamber referred to the American Convention and the interpretation made thereof by the Inter-American Court of Human Rights. To this end, it determined that the compliance with and application of the international treaties signed by Mexico are mandatory for all Mexican courts and that the compliance with the case-law that the Inter-American Court develops, when interpreting the American Convention, is compulsory. In this regard, based on different case-law developed by the Inter-American Court, the Regional Chamber referred to the conventionality control that courts and tribunals must exercise, according to which they are obliged to apply the American Convention to all decisions that refer to the infringement of rights contemplated therein, adapting the domestic legal rules applicable to specific cases, taking into account not only the treaty but also the interpretation made thereof by the Inter-American Court. In this way, the courts or tribunals that perform judicial functions, at the local or federal level, must necessarily make interpretations according to the Inter-American corpus iuris. Based on the foregoing, the Regional Chamber determined that the constitutional rights are subject to be adapted, among others, to international treaties, given that they are part of the "Supreme Law of the Union" which it is known to be the constitutional block.

It pointed out that article 23 of the American Convention recognizes the right of every citizen to vote in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the

voters. Moreover, article 29 of said treaty recognizes and embodies the *pro homine* interpretation principle. By referring to cases decided by the Inter-American Court in which the content of said article 23 of the Convention was analyzed, the Regional Chamber established, among other aspects, that the State has the obligation to ensure, by means of positive measures, to every person who is a holder of political rights, the real possibility of exercising such rights; therefore, it is essential to lay down ideal conditions and mechanisms so that such rights are effectively exercised, respecting the principle of equality and non-discrimination. Moreover, it also indicated that since such political rights are not absolute, their restriction must be based on reasonable criteria, address a useful and timely purpose so that such restriction is necessary to satisfy an imperative public interest and must be proportional to such purpose; that is, when there are several options to achieve such end, it is essential to choose the option that is least detrimental to the protected right and is more proportional to the purpose it serves. Therefore, the suspension of the political and electoral rights implies a temporary restriction on the exercise of a citizen's rights, whenever it is found that the citizen did not comply with the corresponding obligations or was found to be responsible for a crime. However, all limits to or conditions for the exercise of such rights must be based on objective and reasonable criteria.

In the specific case, the Regional Chamber verified that the aggrieved party was on parole, that he was enjoying his freedom for a legal act and that, at the moment of the delivery of the judgment, his political and electoral rights were restored; therefore, it considered that there was no objective or reasonable ground for the corresponding authority to deny the issuance of the voting card. Therefore, the Regional Chamber revoked the resolution of the Electoral Federal Institute, subject-matter of the proceeding instituted and ordered the respective authority the issuance of the voting card in favor of the aggrieved party.

In the judgment, when addressing the issue of the control of conventionality, the Regional Chamber referred to the following cases decided by the Inter-American Court of Human Rights: *Almonacid Arellano et al v. Chile*, *La Cantuta v. Peru*, *Boyce et al v. Barbados*, *Heliodoro Portugal v. Panama*, *Radilla Pacheco v. México*, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, *Fernández Ortega et al v.*

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Mexico, Rosendo Cantú et al vs. Mexico, Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia, Vélez Looz v. Panama, Gomes Lund et al (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil, and Cabrera García and Montiel Flores v. México. In addition, when addressing the content of article 23 of the American Convention, the Regional Chamber referred to the judgments delivered by the Inter-American Court in the cases of Yatama v. Nicaragua and Castañeda Gutman v. Mexico.

SALA REGIONAL DEL TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
QUINTA CIRCUNSCRIPCIÓN PLURINOMINAL

JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO
INTERPUESTO POR JUVENAL ORTÍZ ZAVALA
EXPEDIENTE ST-JDC-33/2011
24 DE MARZO DE 2011

...

VISTOS, para resolver, los autos del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, con la clave **ST-JDC-33/2011**, promovido por Juvenal Ortiz Zavala, en contra de la resolución de tres de marzo del año en curso, dictada por la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México, que declaró improcedente su solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía por reposición, por estar suspendido en sus derechos político-electorales, y

RESULTANDO:

I. Antecedentes. De la narración de los hechos que el actor hace en su demanda, así como del contenido de las constancias que obran en el expediente, se advierte lo siguiente:

a) Solicitud de reposición de Credencial para Votar. El diez de diciembre de dos mil diez, Juvenal Ortiz Zavala acudió al modulo de atención ciudadana 153221, del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, correspondiente al 32 Distrito Electoral Federal del Instituto Federal Electoral en

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

el Estado de México, con el fin de solicitar la reposición de su credencial para votar con fotografía, manifestando para tal efecto que: “...*me ha sido robada o he extraviado mi credencial para votar...*”, lo cual realizó mediante Formato Único de Actualización y Recibo con el folio 1015322121699, como se advierte de la copia certificada de dicho formato que obra a foja 16 de autos, así como del informe circunstanciado que obra a foja 08 de autos.

b) Cédula de verificación de identidad y situación jurídica de ciudadanos. El veinte de diciembre de dos mil diez, la Coordinación de Operación de Campo, emitió la cédula de verificación de identidad y situación jurídica de ciudadanos, como se advierte de la copia certificada con folio 0157032 que obra a foja 024 de autos y de la manifestación de la responsable en su informe circunstanciado a fojas 09 y 010; sin que, a dicho de la referida autoridad, el actor hubiera presentado documento alguno con el que demostrara la suspensión en sus derechos político-electorales.

c) Copia certificada de los resolutivos de la causa penal 39/2001. El veintiuno de diciembre de dos mil diez, Juvenal Ortiz Zavala acudió al módulo de atención ciudadana citado, exhibiendo copia certificada de los resolutivos en la causa penal 39/2001, en la que se le concedió el beneficio de la condena condicional, tal como lo manifiesta la autoridad responsable en su informe circunstanciado a foja 09 de autos.

d) Promoción de la instancia administrativa. El veintiocho de enero posterior, el actor se presentó en el citado módulo de atención ciudadana para recoger su credencial para votar, por lo que se le informó la negativa de su solicitud por suspensión de sus derechos políticos-electorales.

Ante dicha circunstancia, el enjuiciante presentó en esa misma fecha, solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía, a la que se le asignó el número de folio 1115322102479, documento que obra agregado en copia certificada a foja 15 del expediente.

...

f) Opinión Técnica Normativa. El tres de marzo del año en curso, a dicho de la autoridad responsable, se recibió el *DICTAMEN DE LA SOLICITUD DE EXPEDICIÓN DE CREDENCIAL PARA VOTAR, PRESENTADA POR CIUDADANOS QUE SE ENCUENTRAN SUSPENDIDOS EN SUS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES*, mediante el cual la Secretaría Técnica Normativa del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral considera improcedente la solicitud de reposición de la credencial para votar con fotografía de Juvenal Ortiz Zavala, como se advierte del informe circunstanciado a foja 010.

g) Resolución de la instancia administrativa. En la misma fecha referida en el inciso anterior, la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México dictó resolución, declarando improcedente la solicitud de reposición de credencial para votar con fotografía presentada por el actor, toda vez que se encontraba suspendido de sus derechos políticos-electorales, por lo que se dejaron a salvo sus derechos para que los hiciera valer a través de demanda de Juicio para la Protección de los Derechos Políticos-Electorales del Ciudadano, tal como se advierte del contenido de la referida resolución que obra a fojas 038 a 43 del sumario.

...

II. Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. Inconforme con dicha resolución, el tres de marzo de dos mil once, Juvenal Ortiz Acosta promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, utilizando el formato que para tal efecto la propia autoridad responsable puso a su disposición, como se advierte en el referido documento visible a foja 4 del expediente, así como del acuerdo de recepción suscrito por el Vocal Ejecutivo y Encargado de la Vocalía Secretarial de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México, que obra agregado a foja 14.

...

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Jurisdicción y Competencia. Esta Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal es competente para conocer y resolver este medio de impugnación, ...

Lo anterior, por tratarse de un juicio promovido por un ciudadano, contra la negativa de reposición de su credencial para votar con fotografía emitida por la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México, entidad federativa que corresponde a la circunscripción plurinominal donde esta Sala Regional ejerce jurisdicción.

SEGUNDO. Autoridad responsable. Cabe aclarar que, como ha quedado identificado en el proemio de esta ejecutoria, la autoridad responsable es la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo de la 32 Junta Distrital Ejecutiva en el Estado de México, en virtud de que, según lo disponen los artículos 128, párrafo 1, inciso e), y 171, párrafo 1 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es el órgano del Instituto Federal Electoral encargado de expedir la credencial para votar con fotografía, por lo que se adecua a la hipótesis normativa del artículo 12, párrafo 1, inciso b) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

...

TERCERO. Resolución impugnada. La autoridad responsable al dictar la resolución impugnada señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

“...CONSIDERANDOS

I.- El artículo 41, base V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que el Instituto Federal Electoral tendrá a su cargo en forma integral y directa, además de la que determine la ley, las actividades relativas al Padrón Electoral y lista nominal de electores.

2.- El artículo 174, párrafo 1, inciso c) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, señala que las dos secciones del Registro Federal de Electores se formarán a través de la incorporación de los datos que aporten las autoridades competentes relativos a fallecimientos o habilitaciones, inhabilitaciones y rehabilitaciones de derechos políticos de los ciudadanos.

3.- El artículo 38, fracciones II, V y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión, durante la extinción de una pena corporal, por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal y por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

4.- En el artículo 128, incisos d), e), f) y g) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, señala como atribuciones de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, formar el Padrón Electoral, expedir la credencial para votar, según lo dispuesto en el Título Primero del Libro Cuarto de la citada ley; revisar y actualizar anualmente el Padrón Electoral conforme al procedimiento establecido en el Capítulo Tercero del Título Primero del Libro Cuarto del citado ordenamiento legal, establecer con las autoridades federales, estatales y municipales la coordinación necesaria, a fin de obtener la información sobre fallecimientos de los ciudadanos, o sobre pérdida, suspensión u obtención de la ciudadanía.

5. El artículo 198, párrafos 3 y 5 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, señala que los jueces que dicten resoluciones que decreten la suspensión o pérdida de derechos políticos o la declaración de ausencia o presunción de muerte de un ciudadano así como la rehabilitación de los derechos políticos de los ciudadanos de que se trate, deberán notificarlas al Instituto dentro de los diez días siguientes a la fecha de expedición de la respectiva resolución, conforme a los proce-

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

dimientos y en los formularios que al efecto les sean proporcionados por el instituto.

6.- El artículo 199, párrafo 8 del citado ordenamiento legal, establece que en aquellos casos en que los ciudadanos hayan sido suspendidos en el ejercicio de sus derechos políticos por resolución judicial, serán excluidos del Padrón Electoral y de la Lista Nominal de Electores durante el periodo que dure la suspensión. La Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores reincorporará al Padrón Electoral a los ciudadanos que sean rehabilitados en sus derechos políticos una vez que sea notificado por las autoridades competentes, o bien cuando el ciudadano acredite con la documentación correspondiente que ha cesado la causa de la suspensión o ha sido rehabilitado en sus derechos políticos.

7.- El artículo 182, párrafo 3, inciso d) de la ley en cita, establece que durante el periodo de actualización también deberán acudir a las oficinas, los ciudadanos incorporados en el catálogo general de electores y en el Padrón Electoral que suspendidos en sus derechos políticos hubieren sido rehabilitados.

8.- El artículo 183 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, los ciudadanos podrán solicitar su inscripción en el catalogo general de electores, o en su caso, su inscripción en el Padrón Electoral, en periodos distintos a los de actualización a que se refiere el artículo anterior, desde el día siguiente de elección, hasta el 15 de enero del año de la elección federal ordinaria.

9.- La Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, mediante el “Procedimiento de Reincorporación al Padrón Electoral de Ciudadanos Rehabilitados en sus Derechos Políticos por notificación del Poder Judicial”, señala los mecanismos para la reincorporación al Padrón Electoral de los ciudadanos que encontrándose rehabilitados en sus derechos político-electorales, acudan al Módulo de Atención Ciudadana que les corresponda a solicitar su inscripción en el Padrón Electoral, previa presentación del documento con el que se acredite dicha situación jurídica.

El “Procedimiento de instancias Administrativas y demandas de Juicio para la Protección de derechos político-electorales del ciudadano en materia del R.F.E.; febrero 25, (*sic*) 2009, versión 1.0, señala que la Secretaría Técnica Normativa recibirá todas y cada una de las Solicitudes de Expedición de Credencial para Votar a nivel nacional, a fin de emitir una opinión respecto de la procedencia, improcedencia o sobreseimiento de dicha solicitud.

11.- En ese sentido, del expediente a nombre del C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA, se desprende lo siguiente:

Con fecha 06 de abril de 2001, la Lic. Zaida María Topete Cooley, Juez Quinto de Distrito en el estado de México, dictó auto de formal prisión en contra del C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA, dentro de los autos que integran el expediente número 39/2001.

En razón de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ordenó la suspensión de sus derechos político-electorales.

La resolución antes citada, fue notificada a este Instituto, con fecha 16 de mayo de 2001, mediante formato Notificación del Poder Judicial NS, con número S 000947433, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 163, párrafo 7 incipit, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, vigente hasta el 14 de enero de 2008, se procedió a dar de baja del Padrón Electoral el registro de dicho ciudadano.

El 11 de enero de 2010, el C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA, acudió al Módulo de Atención Ciudadana 153 221, adscrito a la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el estado (*sic*) de México, a solicitar su reposición de credencial, en donde se le informó que su trámite no fue exitoso en razón de que su registro se encontraba dado de baja por suspensión de sus derechos político- electorales, por resolución judicial.

Cabe señalar, que mediante oficio número COC/1146/2011, la Coordinación de Operación en Campo, informó a esta Secretaría Técnica Normativa, entre otras cosas, lo siguiente:

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

“...el ciudadano no exhibió documento probatorio para acreditar la rehabilitación, por lo que la Vocalía Local del RFE en México, solicitó al Juez Quinto de Distrito en el Estado de México con residencia en Nezahualcóyotl, mediante oficio No. RFE/VEM-396/2011 del 10 de enero de 2011, la situación jurídica actual del ciudadano dentro de la causa penal 39/2001, a la fecha no se tiene contestación por parte de la autoridad jurisdiccional, por lo que una vez que se reciba dicha respuesta se remitirá a la brevedad la información proporcionada, lo que hago de su conocimiento para los efectos a que haya lugar.”

Es decir, en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, dicha Coordinación manifiesta que a la fecha no se ha tenido contestación por parte de la autoridad jurisdiccional para determinar la situación jurídica actual del ciudadano.

Asimismo, manifiesta que el ciudadano en comento no exhibió documento probatorio para acreditar su rehabilitación.

Con base a lo anterior, y al haber decretado, con fecha 06 de abril de 2001, la Lic. Zaida María Topete Cooley, dentro de los autos del expediente 39/2001, auto de formal prisión contra dicho ciudadano, decretando con ello la suspensión de sus derechos político- electorales del ciudadano en comento, además de que aún no es ciudadano rehabilitado en virtud de que el ciudadano no presentó documento probatorio que acreditara su rehabilitación y asimismo la autoridad jurisdiccional aún no ha informado al Instituto sobre la situación jurídica actual de dicho ciudadano, por lo que se considera que la suspensión de sus derechos políticos electorales continua, por lo tanto, resulta **IMPROCEDENTE** su Solicitud (*sic*) de Expedición (*sic*) de Credencial para Votar.

En razón de lo expuesto, de conformidad con el artículo 199, párrafo 8 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, parte *in fine* el cual establece que la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores reincorporará al Padrón Electoral a los ciudadanos que sean rehabilitados en sus derechos políticos una vez que sea notificado por las autoridades competentes, o bien cuando el ciudadano acredite con la documentación correspondiente que ha cesado la causa de la sus-

pensión o ha sido rehabilitado en sus derechos políticos, en opinión de esta Secretaría Técnica Normativa, la Solicitud (*sic*) de Expedición (*sic*) de Credencial para Votar promovida por el **C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA**, es **IMPROCEDENTE**.

En razón de lo antes expuesto, la Solicitud (*sic*) de Expedición (*sic*) de la Credencial para Votar es **IMPROCEDENTE** y en consecuencia, se considera no deberá ser expedida la respectiva credencial para votar.

Se dejan a salvo los derechos del **C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA**, para hacerlos valer a través de la demanda de Juicio para la Protección de los Derechos Político- Electorales del Ciudadano, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, párrafo 6, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículos 79, 80 párrafo 1, inciso a), 81 y demás relativos y aplicables de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el **C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA**, cuenta con un plazo de 4 días hábiles contados a partir del día siguiente al que reciba la notificación de esta resolución, para interponer la demanda de Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano.

En atención a los antecedentes y consideraciones vertidos, la Secretaría Técnica Normativa emite el siguiente:

RESUELVE.

PRIMERO.- La Solicitud de Expedición de Credencial para Votar presentada por el **C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA**, resulta **IMPROCEDENTE** de conformidad con el considerando 11 de la presente opinión.

SEGUNDO.- Se dejan a salvo los derechos del **C. JUVENAL ORTIZ ZAVALA**, para hacerlos valer a través de la Demanda del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, prevista por los artículos 187, párrafo 6, del ordenamiento legal citado, en relación con los artículos 79, 80 párrafo 1, inciso a), 81 y demás relativos y aplica-

bles de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral...”

CUARTO. Suplencia del agravio y precisión de la litis.

En la resolución impugnada, la responsable sostiene la improcedencia de la solicitud de reposición de credencial para votar del enjuiciante, por encontrarse suspendido en sus derechos político-electorales con motivo de la sentencia condenatoria dictada por la Jueza del Quinto de Distrito en materia penal federal con sede en Nezahualcóyotl, Estado de México, en la causa penal 39/2001, sin que a la fecha de su solicitud presentara medio probatorio con el que demostrara su rehabilitación, ni la autoridad jurisdiccional competente hubiera informado al Instituto demandado sobre la situación jurídica actual del enjuiciante.

Por otra parte, resulta necesario precisar que a pesar de que el agravio esgrimido por la accionante, se refiere a que la resolución impugnada le causa lesión, en razón de que se “...*le impide su derecho a votar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le otorga como ciudadano mexicano...*”; esta Sala Regional suple la deficiencia en el agravio esgrimido, así como en el derecho invocado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 23, párrafos 1 y 3 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; ya que de lo expuesto por el promovente se deduce claramente que la determinación de improcedencia para reponerle su credencial de elector, constituye un impedimento para ejercer su derecho al sufragio en los comicios locales que tendrán verificativo el próximo tres de julio del año en curso en el Estado de México; ya que, conforme a los artículos 34, 35, fracción I y 36, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, párrafo 1, inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 25, párrafo 1, inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6, párrafo 1, incisos a) y b) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como 5 y 6, del Código Electoral del Estado de México, para poder ejercer el derecho al voto, los ciudadanos deben estar inscritos en el Registro Federal de Electores y contar con su credencial para votar con fotografía.

En este sentido, la litis en el presente juicio se circunscribe a determinar si la resolución de la autoridad responsable es ajustada a derecho, esto es, si resulta improcedente expedirle al actor su credencial para votar con fotografía por estar suspendido en sus derechos político-electorales, o, en su caso, si le asiste al impetrante el derecho a que se le reincorpore al padrón electoral, lista nominal de electores y se le expida una nueva credencial para votar con fotografía, atento a la inexistencia de la causa de suspensión de sus derechos político-electorales invocada por la responsable en la resolución combatida.

QUINTO. Estudio de fondo. El agravio formulado por el actor es **fundado** y suficiente para acoger su pretensión, en virtud de lo siguiente:

El artículo 35, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como prerrogativa del ciudadano votar en las elecciones populares.

De igual forma, el artículo 36, fracción III de la citada Carta Fundamental señala como una obligación del ciudadano de la República votar en las elecciones populares en los términos que señala la ley.

Por su parte, el artículo 38, fracción II de la constitución señala que los derechos y prerrogativas del ciudadano se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

No obstante a lo anterior, la propia Constitución dispone las bases para admitir que tal suspensión no es absoluta ni categórica.

En efecto, el cúmulo de derechos o prerrogativas reconocidos en la Constitución a favor del ciudadano no deben traducirse como un catálogo rígido, invariable y limitativo de éstos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales.

Al respecto, el artículo 133 del referido ordenamiento constitucional identifica como “Ley Suprema” a la constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Presidente de la República con aprobación del Senado, y de igual forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en ese sentido.¹

En este contexto, de entre los tratados internacionales que México ha celebrado se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos o “pacto de San José”, adoptado el 22 de noviembre de 1969, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966,² los que, además, son de observancia y aplicación, entre otros, para **todos los juzgadores** del Estado Mexicano al constituir una obligación en el concierto de las naciones que los suscriben bajo los principios *pacta sunt servanda*, relativo a que todo tratado en vigor obliga a las partes, así como el cumplimiento de dichos instrumentos conforme al principio de buena fe, tal y como lo prevé la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados en su artículos 26.³

Ahora bien, en términos del artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de **observancia obligatoria**.⁴

¹ Tesis aislada identificada con la clave P. IX/2007, con el rubro: “**TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.**”

² Ratificado por el Senado mexicano el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

³ 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁴ Artículo 62.

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta convención o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención es-

De esta forma, al resolver el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, la citada Corte Interamericana ha establecido que **los Estados parte se encuentran obligados a aplicar la Convención en las decisiones que impliquen vulneración de los derechos contemplados en ella**, armonizando las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha realizado la citada Corte Interamericana,⁵ cuya tendencia se ha reflejado en la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional supranacional.⁶

Al respecto, es ilustrativo el voto razonado del Juez *Ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el fallo del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, en el que señaló que la intencionalidad de la Corte Interamericana es clara al establecer que el control de convencionalidad debe ejercerse por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, **la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales**.

De esta forma, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia lo-

pecial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

⁵ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafos. 123 a 125.

⁶ *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Lóor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

cal o federal, necesariamente lograr **interpretaciones conforme al *corpus juris* interamericano**.⁷

Esta tendencia de aplicar directamente tratados internacionales se acentúa, si se toma en consideración que los tribunales del Poder Judicial de la Federación, en diversos criterios, han reconocido esta forma de interpretación, al tiempo que aplican las convenciones internas con la finalidad de maximizar los derechos humanos potenciando su ejercicio.⁸

Acorde con ello, también se han pronunciado en cuanto a la obligación de aplicar tratados internacionales al resolver sobre asuntos que impliquen violación a derechos humanos.⁹

⁷ Véase voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil diez, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafos 19, 21, 24, 34, 35, 42, 43, 64, 66 y 67 en el cual señala las características del control difuso de convencionalidad en el que señaló que: las características del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional mexicano como en: Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, en Fernández Ortega y Otros vs México (2010), y Cabrera García y Montiel Flores vs México (2010), en los que ha reiterado que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”

⁸ Al respecto, es ilustrativa la tesis aislada con el rubro: **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Diciembre de 2008, Tesis: I.7o.C.51 K. Página: 1052.

⁹ Tesis Aislada I.7o.C.46 K, con el rubro: **DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS**, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Agosto de 2008, Página 1083.

Lo expuesto cobra especial relevancia, ya que ante la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, se tienen que salvaguardar sus derechos fundamentales como soporte indispensable de todo régimen democrático.

Lo anterior es así, puesto que una característica de los derechos fundamentales es la de ser proclives de ampliarse o maximizarse con la finalidad de potenciar su ejercicio, siendo por vía de consecuencia oponibles al indebido ejercicio Poder Público del Estado; situación que es acorde con una tendencia garantista y antiformalista adoptada por este órgano jurisdiccional en diversos de sus fallos. De esta manera, ante la existencia de diversas disposiciones del orden jurídico vigente que contemplan la tutela de derechos fundamentales, éstas deben armonizarse e interpretarse de forma sistemática con la finalidad de integrar el contenido y alcances del derecho fundamental a tutelar, como en lo que aquí interesa, el derecho político-electoral al voto activo.

En esta tesitura, los derechos constitucionales son susceptibles de armonizarse en los ordenamientos que conforman la “Ley Suprema de la Unión”, en lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad.¹⁰

En este tenor, el numeral 23, párrafo 1, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de votar en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

De esta manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y consagra el principio de interpretación *pro homine* en el artículo 29,¹¹ cuyo objeto primordial es recono-

¹⁰ En este contexto, es orientadora la tesis: **TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN**. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Mayo de 2010 Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Página: 2079.

¹¹ “**Normas de interpretación.** Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

cer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, esto es, aquélla que mejor proteja a las personas en una vulneración de los derechos.¹²

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, párrafo 1, establece que ninguna disposición de dicho pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el citado instrumento.

De igual forma, el artículo 25, párrafo 1, inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todos los ciudadanos gozarán del derecho y la oportunidad de votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas realizadas por sufragio universal e igual y por el voto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*” al interpretar el contenido del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha precisado que los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático, existiendo la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona titular de derechos po-

Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que sean inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹² ...

líticos, tenga la oportunidad real para ejercerlos, por lo que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.¹³

De igual manera, la referida Corte Interamericana al resolver el caso “*Yatama vs Nicaragua*” ha señalado que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política y dicha obligación requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, y al no ser los derechos políticos de carácter absoluto, su restricción debe basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo, es decir, que cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.¹⁴

Por otro lado, para ejercer el derecho de voto, los ciudadanos deben cumplir los trámites y requisitos establecidos por las leyes electorales para tal efecto, tales como: a) contar con la credencial para votar con fotografía y, b) estar inscritos en la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio, según se desprende de los artículos 6, 175, 176, 181, 264, 265 y 270, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que imponen la obligación a los ciudadanos de inscribirse en el Registro Federal de Electores, para que participen en la formación y actualización del Catálogo General de Electores y del Padrón Electoral, además de obtener la credencial para votar con fotografía y quedar inscritos en la respectiva lista nominal de electores.

¹³ *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de seis de agosto de dos mil ocho (fondo, reparaciones y costas), párrafos 144 a 149.

¹⁴ *Yatama vs Nicaragua*, sentencia de veintitrés de junio de dos mil cinco (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 198-206.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Con la satisfacción de los requisitos y trámites mencionados, los ciudadanos pueden participar, tanto en las elecciones federales, como en las locales, ya sea para votar o bien para ejercer el derecho de voto pasivo.

En el referido contexto, es dable precisar que en atención a la *ratio essendi* del ejercicio de los derechos políticos, consistente en que éstos posibilitan a los destinatarios de las normas jurídicas a participar directa o indirectamente, de manera equitativa en la modificación o formación de las mismas, resulta imprescindible el cumplimiento de ciertas condiciones constitucionales y legales para que un grupo de individuos, esto es, los ciudadanos mexicanos, estén en aptitud de ejercerlos en plenitud.

En ese sentido, la posibilidad igualitaria de participar en la intervención y toma de decisiones en los asuntos públicos, supone el derecho del ciudadano a ser reconocido como un igual, pero a su vez, conlleva el deber de respetar el orden público. La infracción de esos deberes es lo que obliga a establecer los casos en los cuales el ciudadano debe ser privado del ejercicio de las facultades inherentes a su condición.

Lo anterior, no supone propiamente retirar a los ciudadanos de la titularidad de ese tipo de derechos sino únicamente suspenderlos temporalmente, dejándolos fuera de la categoría de ellos, sujetos a la condición de que legalmente pueda estimarse que se ha infringido el orden público, lo cual sólo se determina al dictarse la sentencia ejecutoria que lo declare responsable del delito y que tenga señalada pena privativa de la libertad.

En otras palabras, el fundamento de los derechos políticos proporciona, no sólo la justificación para su ejercicio, sino también la de suspensión estos por actos cometidos por su titular. En efecto, al tener como base las libertades positivas y negativas del ciudadano, éste tiene el derecho a gozar de ese ámbito de libertad protegido; sin embargo, al mismo tiempo el ciudadano está obligado a no atentar contra las condiciones que hacen posible la existencia del Estado Constitucional de Derecho.

Consecuentemente, puede afirmarse que la suspensión de los derechos político-electorales consiste en la restricción particu-

lar y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano, cuando a éste se le hubiere comprobado el incumplimiento de sus correlativas obligaciones o se hubiere acreditado su responsabilidad en la infracción de algún ordenamiento legal.

En ese orden de ideas, si bien los derechos y prerrogativas de los ciudadanos consagrados en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no son de carácter absoluto, todo límite o condición que se aplica a los derechos relativos a la participación política, como se expuso, debe basarse en criterios objetivos y razonables.

Por consiguiente, de conformidad con la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a una de las causas que generan la suspensión de los derechos y prerrogativas del ciudadano, esto es, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; obedece, en este supuesto, al estado jurídico que guarda el ciudadano que se encuentra en sujeción a proceso.

Ahora bien, del análisis de las constancias que obran en el expediente relativas a la demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, de lo manifestado en el informe circunstanciado, así como de los demás documentos que obran en el expediente en que se actúa, valoradas en términos del artículo 16 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, y atendiendo a las reglas de la lógica, de la sana crítica y de la experiencia, permiten arribar a las siguientes consideraciones:

1. El diez de agosto de dos mil uno, la Jueza del Quinto Distrito en materia penal con sede en Nezahualcóyotl, Estado de México, en la causa penal 39/2001, dictó sentencia condenatoria a Juvenal Ortiz Zavala, por el delito de potación de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea, imponiéndole una pena privativa de libertad de dos años, siete meses y quince días, tal como se advierte de las copias certificadas del referido fallo que obran a fojas 072 a 087 de autos.

2. Derivado del dictado de dicha sentencia, el referido órgano jurisdiccional notificó a la autoridad responsable el dieciséis de

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

mayo de dos mil uno, mediante formato de notificación del Poder Judicial NS, con número S 000947433, por lo que procedió a dar de baja del Padrón Electoral al actor por suspensión de derechos político electorales, como la propia responsable lo reconoce en la resolución impugnada a foja 041 del sumario.

3. Posteriormente, el diez de diciembre de dos mil diez, Juvenal Ortiz Zavala acudió al módulo de atención ciudadana 153221 a solicitar la reposición de su credencial de elector, requiritando para tal efecto el Formato Único de Actualización y Recibo con el número de folio 1015322121699, el cual obra a foja 016 del expediente.

4. El veintiocho de enero de dos mil once, dicho ciudadano acudió al módulo de atención en referencia, a efecto de recoger su credencial para votar con fotografía, para lo cual se le informó que el trámite era improcedente por encontrarse suspendido en sus derechos político-electorales, por lo que promovió instancia administrativa mediante el Formato de Solicitud de Expedición de Credencial para Votar con Fotografía con folio 1115322102479, el cual obra agregado en copia certificada a foja 015 de autos.

El tres de marzo siguiente, la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México emitió resolución declarando improcedente la solicitud de reposición de la credencial para votar solicitada, toda vez que el enjuiciante se encontraba suspendido en sus derechos político-electorales con motivo del fallo referido en el inciso 1, por lo que se dejaron a salvo sus derechos para hacerlos valer a través de demanda de juicio ciudadano que se resuelve (fojas 038 a 043 de autos).

5. En cumplimiento al requerimiento de diez de marzo de dos mil once, formulado por el magistrado instructor, mediante sendos oficios de diez y quince de marzo del año en curso, el Juez Quinto de Distrito con sede en Nezahualcóyotl, Estado de México, informó sobre la situación jurídica actual de Juvenal Ortiz Zavala en el sentido de que mediante sentencia de diez de agosto de dos mil uno se dictó sentencia condenatoria al actor, el veintitrés siguiente causó ejecutoria y el sentenciado se

acogió el beneficio de la condena condicional, como se advierte de las copias certificadas que obran a fojas 71 a 90 del expediente.

Asimismo, por auto de cinco de julio de dos mil siete, el citado Juez de Distrito tuvo al Director de Control de Sentenciados en Libertad del Órgano Administrativo Desconcentrado, Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública en el Estado de México informando que Juvenal Ortiz Zavala concluyó el control y vigilancia al que se encontraba sujeto, como se advierte de la copia certificada de dicho proveído que obra a foja 093 de autos.

Finalmente, el citado órgano jurisdiccional federal en cumplimiento al requerimiento de referencia, informó a esta Sala Regional el contenido del acuerdo de quince de marzo del año en curso en el que, entre otros, dejó sin efectos la suspensión de derechos político-electorales del actor respecto de la causa penal instruida en su contra en el expediente 39/2001, como se advierte a foja 71 del sumario.

De la intelección de dichas constancias, se advierte que Juvenal Ortiz Zavala, fue condenado por el delito de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea, en la causa penal 39/2001. Sin embargo, dicho ciudadano se acogió al beneficio de la condena condicional y actualmente se encuentra rehabilitado en sus derechos político-electorales.

Por tanto, ha quedado demostrado que Juvenal Ortiz Zavala se encuentra en libertad debido al beneficio de condena condicional que se le concedió en la causa penal seguida en su contra, y ahora la suspensión decretada se encuentra sin efectos, por lo que ante dicha circunstancia no existe causa objetiva ni razonable para que la autoridad responsable negara la expedición de la credencial para votar con fotografía solicitada por el impetrante.

En tal sentido, atendiendo a su actual situación jurídica (libertad) es evidente que la medida adoptada por la autoridad administrativa electoral consistente en la negativa de reponerle al actor la credencial para votar con fotografía es atentatoria de su derecho político-electoral al sufragio, ya que, ante la au-

sencia del referido documento, su falta de inscripción en el padrón electoral y en la lista nominal de electores constituye un obstáculo para el ejercicio pleno de su derecho al voto activo.

Al respecto, es orientadora la tesis relevante XXX/2007, consultable en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, número 1, 2008, páginas 93 a 94, emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, identificada con el rubro **“SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. CONCLUYE CUANDO SE SUSTITUYE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE LA PRODUJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES)”**, la cual establece que cuando una pena corporal impuesta es sustituida por cualquier otra, como en el caso aconteció, la suspensión de derechos político-electorales concluirá de tal manera que se restituyan plenamente, lo que se sustenta entre otros, en el principio *pro cive* (interpretación favorable al ciudadano), así como en la tendencia observada en el orden jurídico internacional y en el derecho comparado, de proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando es injustificada.¹⁵

Para concluir, es necesario tener presente que, como se expuso, el Estado mexicano, a través de todas las instancias que la Ley, así como la interpretación que de la misma han realizado sus tribunales, confiere a diversas personas y entidades la calidad de autoridades, se ha obligado a respetar los derechos humanos de carácter político-electoral previstos constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, de suerte que también contrajo la obligación específica de adoptar las medidas o disposiciones legislativas, o bien, de otro carácter que fueren necesarias para dar vigencia o efectividad a tales derechos y libertades, a través del despliegue de actos positivos que se concreten en ciertas leyes o medidas de cualquier índole, por lo que toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances

¹⁵ ...

jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho humano.

En ese sentido, cabe advertir, que el respeto al carácter expansivo de los derechos humanos, que determina, a su vez, la afirmación del principio *favor libertatis*, conlleva a que toda limitación o interpretación de un límite de los derechos humanos deba ser realizada restrictivamente, dando el mayor grado de ejercicio posible al derecho humano que se trate.

Al respecto, resulta aplicable el criterio sostenido por la Sala Superior de este tribunal en la tesis relevante identificada con la clave de publicación S3ELJ 029/2002, que lleva por rubro **“DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.”** visible en las páginas 97 y 99, del tomo Jurisprudencia de la Compilación Oficial Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, publicada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual establece que toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica debe ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio.

Conforme hasta lo aquí expuesto, esta Sala Regional considera que de una interpretación sistemática y funcional de los artículos 35, fracción I, 36, fracción III, 38, fracción II, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 26, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 23.1, inciso b) 29 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.1 y 25, párrafo 1, inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6, 175, 176, 181, 264, 265 y 270, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunal Electoral), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos político-electorales del ciudadano deben restringirse en base a criterios necesarios objetivos y razonables en relación con el efecto útil (*effet utile*) que se pretenda con esa medida. Por lo que, si una persona se encuentra gozando de libertad, por una causa lícita, no existe causa

EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

razonable ni objetiva para que sean restringidos sus derechos político-electorales, como acontece en el caso.

En este estado de cosas, es inconcuso que si no existe causa justificada ni razonable para negar al actor el ejercicio de su derecho al voto, debe tenerse expedito su derecho político-electoral a ejercerlo, máxime cuando en términos de los numerales 18, 25, fracción I y 139 del Código Electoral del Estado de México, actualmente se desarrolla un proceso electoral para la renovación del titular del Poder Ejecutivo, el cual se llevará a cabo el primer domingo de julio del año en curso, lo cual se invoca como un hecho notorio en términos del artículo 15 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, por lo que el acto de autoridad reclamado evidentemente resultaría transgresor de su derecho al voto en los próximos comicios.

- Efectos de la sentencia.

En las relatadas condiciones, al resultar el acto combatido violatorio de los principios de constitucionalidad y legalidad, por conculcar el derecho político-electoral de votar de Juvenal Ortiz Zavala, lo procedente es **revocar** la determinación impugnada y, en consecuencia, **ordenar** a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, realice los trámites que estime procedentes a efecto de que se **inscriba** al actor en el padrón electoral, le **expida** su credencial para votar con fotografía, y lo incluya en la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio, lo cual deberá realizar en un plazo de **quince días naturales**, contado a partir de que le sea notificada la presente ejecutoria.

Por ende, la autoridad debe corregir cualquier posible inconsistencia que sea obstáculo para el pleno acatamiento de lo ordenado, contando ésta última para su cumplimiento con un plazo de quince días naturales, a partir de la notificación de esta ejecutoria.

...

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

PRIMERO. Se **revoca** la resolución de tres de marzo de dos mil once, dictada por la Vocal del Registro Federal de Electores de la 32 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral en el Estado de México, que declaró improcedente la solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía del actor.

SEGUNDO. Se **ordena** a la autoridad responsable que dentro del plazo máximo de quince días naturales, contados a partir del día siguiente en que se le notifique la presente ejecutoria, proceda a incorporar en el padrón electoral a Juvenal Ortiz Zavala, le expida y entregue su credencial para votar con fotografía, y lo incluya en la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio actual.

TERCERO. La responsable deberá **notificar** personalmente al actor, el aviso relativo a que la credencial para votar con fotografía, ya se encuentra disponible en el módulo correspondiente para su entrega.

CUARTO. La responsable deberá **informar** a esta Sala Regional respecto del cumplimiento de esta sentencia, y remitir las constancias que así lo acrediten, dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo antes referido.

NOTIFÍQUESE. ...

...

Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 9, julio-diciembre de 2011, es una publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editor responsable: Sergio García Ramírez. Impresa por Formación Gráfica S. A. de C. V., Matamoros 112, colonia Raúl Romero, Ciudad Nezahualcóyotl, 57630 Estado de México, tel. 5797 6060. Este número se terminó de imprimir el 28 de noviembre de 2011. En su edición se empleó tipo *Century Schoolbook* 9, 10, 11, 12, 26 puntos; *Palatino Linotype* en 12 puntos; *Arial* en 9 puntos. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para la páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros. Consta de 2000 ejemplares (impresión *offset*).

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización.