

Diálogo

Jurisprudencial

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

JULIO - DICIEMBRE 2009

5



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. 5 Julio-Diciembre de 2008

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cecilia Medina Quiroga
Presidenta

Diego García Sayán
Vicepresidente

Manuel E. Ventura Robles

Sergio García Ramírez

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Asamblea General (2007-2009)

Thomas Buergenthal
Presidente honorario

Sonia Picado Sotela
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*

Paolo G. Carozza

Luz Patricia Mejía

Felipe González

Florentín Meléndez

Víctor E. Abramovich

Clare Kamau Roberts

Paulo Sérgio Pinheiro

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Cecilia Medina Quiroga

Diego García Sayán

Manuel E. Ventura Robles

Sergio García Ramírez

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro
Director

Pedro Salazar Ugarte
Secretario académico

Elvia Lucía Flores Ávalos
Jefa del Departamento de Publicaciones

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Roberto Cuéllar M.

Pablo Saavedra Alessandri

Directores

Marisol Molestina Gaviria

Elvia Lucía Flores Ávalos

Coordinadoras editoriales

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz 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: 2009

DR © 2009 Corte Interamericana de Derechos Humanos

DR © 2009 Instituto Interamericano de Derechos Humanos

DR © 2009 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>	IX
Presentación	XI
<i>Foreword</i>	XIII
Nota del editor	XV
<i>Editor's Note.</i>	XVII
Derecho de acceso a la información e impulso de investigaciones penales para garantizar el acceso a la justicia, la verdad y la reparación. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 3 de diciembre de 2007</i>	1
Restricciones válidas al ejercicio de la profesión médica para garantizar el derecho a la salud. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 30 de abril de 2008</i>	65
Condiciones de reclusión de menores y estándares internacionales de derechos humanos. <i>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Honduras, 25 de abril de 2006</i>	97
Límites a la continuación de la suspensión de los derechos político-electorales como consecuencia de la sustitución de la pena de prisión. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 28 de febrero de 2007.</i>	107
El delito de desacato como violatorio de los derechos a la igualdad y a la libertad de pensamiento y de expresión. <i>Sentencia</i>	

CONTENIDO

<i>de la Corte Suprema de Justicia, Honduras, 29 de abril de 2005.</i>	131
Desaparición forzada de personas: delito permanente, excepción al principio de irretroactividad de la ley penal y obligaciones de los Estados bajo tratados internacionales aunque no exista legislación interna específica al respecto. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 10 de agosto de 2007</i>	141
Criterios para aplicar la caducidad de la acción en los casos de desaparición forzada al ser un delito continuado. <i>Extractos de la Sentencia del Consejo de Estado, Colombia, 19 de julio de 2007</i>	183
No retroactividad de la ley en la aplicación del delito de desaparición forzada de personas en razón de su carácter continuado. <i>Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 7 de julio de 2009</i>	207
Criterios para determinar cuándo la exigencia de responsabilidades ulteriores por emisión de discurso alegadamente invasor del honor de funcionarios públicos puede considerarse idónea, necesaria y proporcional conforme a los estándares internacionales. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 17 de junio de 2009</i>	219
Efectos de la cosa juzgada internacional para determinar las reparaciones en el ámbito interno. <i>Extracto de la Sentencia del Consejo de Estado, Colombia, 19 de octubre de 2007</i> . . .	265

CONTENTS

Foreword XIII

Editor's Note. XVII

The right of access to information and the execution of criminal investigations to guarantee access to justice, truth and reparations. *Extract of the Judgment of the Constitutional Court, Colombia, December 3, 2007* 1

Valid restrictions to the exercise of the medical profession in order to guarantee the right to health. *Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico, April 30, 2008* 65

Conditions of minors in reclusion and international human rights standards. *Judgment of the Supreme Court of Justice, Honduras, April 25, 2006* 97

Limits to the continued suspension of political-electoral rights as a consequence of the substitution of imprisonment. *Extract of the Judgment of the Electoral Court of the judicial power of the federation, Mexico, February 28, 2007* 107

The crime of contempt as a violation of the rights to equality and freedom of thought and expression. *Judgment of the Supreme Court of Justice, Honduras, April 29, 2005* 131

Forced disappearance of persons: a continuing crime, exception to the principle of non-retroactivity of criminal laws,

CONTENTS

and the obligations of states under international treaties regardless of the existence of domestic legislation in this respect. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice, Venezuela, August 10, 2007.</i>	141
Criteria for the application of the lapse of causes of action in cases of forced disappearance as a continuing crime. <i>Extracts of the Judgment of the State Council, Colombia, July 19, 2007.</i>	183
Non-retroactivity of the law regarding the crime of forced disappearance of persons on account of its continuous nature. <i>Judgment of the Constitutional Court, Guatemala, July 7, 2009</i>	207
Guidelines to determine when the requirement of subsequent liability for giving an opinion allegedly impairing the right to honor of state agents may be deemed to be suitable, necessary and proportional, in accordance with international rules. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico, June 17, 2009</i>	219
Effects of the international <i>res iudicata</i> on the determination of domestic reparations. <i>Extracts of the Judgment of the State Council, Colombia, October 19, 2007.</i>	265

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 toda 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 tales instrumentos, que poseen fuerza vinculante para los Estados que los han

PRESENTACIÓN

ratificado, y por ello crean obligaciones a cargo de éstos y definen derechos en beneficios 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 quinto número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen diez sentencias —transcritas íntegramente o expuestas a través de una conveniente selección de párrafos, cuando se trata de resoluciones muy extensas— correspondientes a Colombia, México, Honduras, Venezuela y Guatemala. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por los abogados Yuria Saavedra Álvarez y Santiago Vázquez Camacho (México).

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 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

FOREWORD

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 fifth edition of the journal, now in the hands of readers, ten judgments are provided —transcribed wholly or in part through an appropriate selection of paragraphs when it concerns extensive resolutions— that correspond to Colombia, Mexico, Honduras, Venezuela and Guatemala. The editors thank attorneys Yuria Saavedra Álvarez and Santiago Vázquez Camacho (Mexico), for the support they provided in the preparation of these materials.

NOTA DEL EDITOR

La mayoría de las sentencias recogidas en este número de *Diálogo Jurisprudencial* se transcriben íntegramente. Cuando se ofrece un extracto —tomando en cuenta la extensión del documento original— se hace la aclaración correspondiente.

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

Most of the judgements collected in this edition *Diálogo Jurisprudencial* appear here transcribed in their entirety. However, several are given in extract form only, along with an explanatory note, because the original documents were too lengthy for inclusion.

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*.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN E IMPULSO DE INVESTIGACIONES PENALES PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA, LA VERDAD Y LA REPARACIÓN

Sinopsis: Con base en estándares internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia estableció criterios sobre el derecho a acceder a información respecto a los nombres, códigos institucionales, unidades y línea de mando de los integrantes de la Fuerza Pública que se encontraban en lugares y momentos que se alegan relacionados con violaciones de derechos humanos contra la Comunidad de Paz de San José de Apartado. Asimismo, dado que esta Comunidad se encuentra protegida a través de medidas provisionales emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sentencias de tutela emitidas por la propia Corte Constitucional, éste Tribunal dispuso una serie de medidas para garantizar los derechos a la vida e integridad de los miembros de dicha Comunidad. La Corte Constitucional solicitó a la Fiscalía General de la Nación un informe detallado sobre las investigaciones penales que se adelantan con ocasión de los crímenes cometidos contra la Comunidad de Paz. Para ello, el Tribunal Colombiano tuvo en cuenta las órdenes emitidas por la Corte Interamericana en seis resoluciones sobre medidas provisionales relativas a esta Comunidad. La Corte resaltó el “principio de la máxima divulgación”, esto es, la regla de acceso general a la información que poseen las autoridades públicas como condición fundamental para la existencia del Estado democrático. En relación con los criterios para decidir sobre restricciones al derecho de acceso a la información, la Corte se refirió a la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* y analizó en detalle el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Synopsis: *Based on international standards of human rights, the Constitutional Court of Colombia adopted criteria on the right to access to the in-*

ACCESO A LA INFORMACIÓN E IMPULSO DE INVESTIGACIONES

formation of names, institutional codes, units and chain of command of the members of the law enforcement that were present in places at the time violations of human rights were committed against the Peace Community of San José de Apartadó. Furthermore, considering that this Community is under the protection of provisional measures issued by the Inter-American Court of Human Rights and protective judgments delivered by the Constitutional Court itself, this Tribunal ordered a series of measures aimed at ensuring the rights to life and personal integrity of all the members of said Community. The Constitutional Court requested the Attorney General's Office of the Nation a detailed report on the criminal investigations carried out in relation to the crimes committed against the Peace Community. Therefore, the Colombian Tribunal took into consideration the six orders on provisional measures delivered by the Inter-American Court in relation to this Community. The Court emphasized the "Principle of Maximum Disclosure", that is, the rule on general access to information held by public bodies as a fundamental condition for the existence of a democratic state. In relation to the criteria used to decide on the restrictions to the right to access to information, the Court referred to Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Right) and analyzed, in detail, the Case of Claude-Reyes et al v. Chile, both of the Inter-American Court of Human Rights.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA
POR JAVIER GIRALDO MORENO EN CONTRA
DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
SENTENCIA T-1025/07 DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Sentencia

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso de tutela instaurado por Javier Giraldo Moreno contra el Ministerio de Defensa Nacional

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de diciembre de 2005, el ciudadano Javier Giraldo Moreno, sacerdote jesuita, solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional que le fueran suministrados los “nombres completos de los oficiales, suboficiales y soldados” y de “los miembros de la Policía Nacional” que se encontraban en un lugar determinado, en una fecha y hora, cuando habrían ocurrido vulneraciones de los derechos de los ciudadanos miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. También solicitó ser informado sobre los códigos institucionales, las unidades a las cuales están inscritos y la línea de mando de los miembros de la Fuerza Pública involucrados en esas actividades.

El sacerdote menciona 15 hechos ocurridos entre el 15 de septiembre y el 18 de noviembre de 2005. Ellos hacen referencia a un homicidio, amenazas, lesiones, saqueos, destrucción de cultivos, patrullajes y connivencia con miembros de grupos paramilitares, y allanamientos, retenciones y requisas ilegales. Otros tratan sobre la simple presencia de miembros de la Fuerza Pública en algunas veredas o lugares, en ciertas fechas.

En el derecho de petición se solicita también que se suministre información sobre otras peticiones elevadas al Ministerio de Defensa, referidas a la remoción del Comandante de la XVII Brigada y del Comandante del Batallón Bejarano Muñoz, a la reparación de daños cometidos a los campesinos y a la devolución de unos dineros que le fueron robados a la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

El escrito finaliza con la manifestación de que con él se persigue “conocer las identidades de los servidores públicos que violan sus derechos fundamentales, base fundamental para formular denuncias o solicitar actuaciones penales, disciplinarias, administrativas e internacionales que ayuden a reparar los daños sufridos”.

2. El Viceministro de Defensa respondió a la solicitud, mediante el oficio No. 7601 del 23 de febrero de 2006. El texto de la parte pertinente es el siguiente:

“En respuesta a su derecho de petición de fecha 12 de diciembre de 2005, mediante el cual solicita los nombres del personal de la Fuerza Pública que, al parecer, participó en los hechos relacionados en su escrito —numerales 1) al 15)— me permito comunicarle que sobre los mismos se otorgó respuesta mediante oficios 766 COMAN- DEURA de diciembre 30 de 2005 y 5307 MDH-725 del 9 de febrero de 2006, en el sentido de que está siendo objeto de investigación por las autoridades competentes.

“Una vez se establezcan responsabilidades, si existe mérito para ello, se podrá suministrar la información por usted requerida. Entretanto, es necesario acogerse a los principios fundamentales del debido proceso y la presunción de inocencia.

...

3. El día 21 de marzo de 2006, el ciudadano Giraldo Moreno radicó un nuevo derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional, en el que reitera la solicitud de información elevada anteriormente acerca de 15 hechos sucedidos entre el 15 de septiembre y el 28 de noviembre de 2005.

Además, en el nuevo derecho de petición se enuncian otros 26 hechos, en referencia a los cuales pide también que le sean suministrados los “nombres, códigos y línea de mando” de los miembros de la Fuerza Pública que tuvieron que ver con ellos. Estos hechos habrían tenido lugar entre el 1o. de abril de 2005 y el mes de marzo de 2006 y se relacionan con una masacre, asesinatos, complicidad con grupos paramilitares, detenciones y allanamientos ilegales, amenazas, saqueos, requisas ultrajantes, daños en bien ajeno y toma de fotografías a miembros de la Comunidad de Paz. También en algunos casos se hace relación a la mera presencia en un lugar y época determinados o a la obstaculización del trabajo en las parcelas con el argumento de que estaban minadas. Igualmente, en varios casos se denuncia que miembros de la Fuerza Pública

no cumplen con las órdenes impartidas en las Sentencias T-327 de 2004 y C-1024 de 2002, referidas respectivamente a la protección de los derechos de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y a un decreto dictado en ejercicio de las facultades propias del estado de conmoción interior.

...

4. El Viceministro de Defensa respondió a la solicitud, mediante el oficio No. 14979 del 6 de abril de 2006. En el escrito se expresa:

...

“La reiteración de su solicitud desconoce la transparencia de los entes investigativos y la vigencia de los principios del debido proceso y la presunción de inocencia, que amparan a toda persona que pueda resultar vinculada a una investigación disciplinaria o penal.

“El principio de publicidad que usted invoca, en el caso concreto de sus denuncias, debe conjugarse con la reserva que ampara las investigaciones o indagaciones disciplinarias y penales, en curso. Adicionalmente, no puede afirmarse ocultamiento de personas cuando la Fuerza Pública cumple cabalmente con los requerimientos provenientes de autoridades competentes y contribuye eficazmente al esclarecimiento de los hechos denunciados.

“Respecto de los nuevos hechos incluidos en el documento referenciado, se están adelantando las investigaciones pertinentes, para —si es del caso— iniciar las respectivas investigaciones”.

5. El día 8 de mayo de 2006, el ciudadano Javier Giraldo Moreno, quien actúa como representante de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, según autorización que le fuera concedida por el representante legal de la misma, instauró una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, bajo la consideración de que éste había vulnerado el derecho de los miembros de la Comunidad a acceder a la justicia.

...

IV. ... CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

...

Problema Jurídico

2. El actor solicita que se le ordene al Ministerio de la Defensa que informe sobre los nombres, códigos y líneas de mando de miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en determinados lugares, en días y horas específicas, circunstancias en las cuales se habrían cometido crímenes contra los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó o contra personas que habitan en el corregimiento de San José. Considera que la negativa del Ministerio de la Defensa para suministrar esa información constituye una vulneración del derecho de los miembros de la Comunidad de Paz a acceder a la justicia, así como una violación del principio de publicidad de la función administrativa, contemplado en el art. 209 de la Constitución.

Por su parte, el Ministerio de la Defensa afirma que el suministro de los nombres de los miembros de la Fuerza Pública, tal como lo solicita el actor de la tutela, representaría una vulneración de los derechos de esos soldados y policías a gozar de un debido proceso y a la presunción de inocencia. Manifiesta que los hechos denunciados por el actor están siendo investigados y que esas investigaciones gozan de reserva.

De acuerdo con la demanda de tutela, la Sala debe resolver en esta ocasión los siguientes interrogantes: ¿tienen los ciudadanos el derecho de conocer los nombres, códigos, unidades a las que están adscritos y líneas de mando de los miembros de la Fuerza Pública que participan en determinadas acciones militares o se encuentran en ciertos lugares a determinadas fechas y horas? Y, por lo tanto, ¿vulneró el Ministerio de Defensa el derecho del actor a acceder a la información que reposa en el Estado, en la medida en que se negó a suministrarle los datos que solicitaba sobre los miembros de la Fuerza Pública que estuvieron presentes en determinadas situaciones no relacionadas con labores de inteligencia?

Ahora bien, de la misma acción de tutela y de las pruebas recogidas surge otro interrogante que deberá ser resuelto: ¿en vista de los resultados ofrecidos en la investigación y sanción de los hechos delictivos en los que han sido víctimas personas pertenecientes a la Comunidad de Paz de San José de Apartadó o que le prestaban servicios a ella se puede afirmar que se ha vulnerado su derecho de acceso a la justicia?

...

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho de acceso a la información pública

5. El inciso primero del artículo 74 de la Constitución consagra expresamente que “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Este derecho, que ha sido calificado como derecho fundamental por la Corte Constitucional,¹ se entrelaza tanto con el derecho de petición, instrumento que se encuentra contemplado en el art. 23 de la Constitución,² como con el derecho a obtener información consagrado en el art. 20 de la Carta.

¹ Véase, entre otras, las sentencias T-473 de 1992, T-695 de 1996, T-074 de 1997 y C-491 de 2007. En la sentencia T-705 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se expresó al respecto:

“3. El precedente jurisprudencial definido por la Corte Constitucional [Ver, entre otras, las sentencias: T-464/92, T-473/92, T-306/93, T-605/96, T-074/97, T-424/98, T-842/02] ha establecido que de la interpretación sistemática del derecho de petición (art. 23 C.P.) y el libre acceso a los documentos públicos (art. 74 C.P.), así como de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en especial, los artículos 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se deriva el derecho fundamental de acceso a los documentos públicos.

“4. Este derecho fundamental innominado guarda estrecha relación con el enunciado normativo de la Constitución. En este sentido, la Corte ha resaltado su conexión estrecha con el derecho de información (art. 20 C.P.) en la medida en que la garantía del libre flujo de información requiere necesariamente el acceso a los documentos públicos...”

² En la sentencia T-605 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía, se afirmó sobre la relación entre el derecho a acceder a la información en manos del Estado y el derecho de petición:

“Interpretando sistemáticamente las distintas normas de la Constitución, esta Corporación ha declarado que el derecho a acceder a documentos públicos está directamente relacionado con el derecho de petición, al ser una manifestación específica del mismo. El derecho de petición es el género, y el acceso a documentos públicos o a determinadas informaciones, es la especie.

“Por tanto, esta Sala no comparte la decisión adoptada por el Consejo de Estado, al considerar que el acceso a documentos públicos no es un derecho fundamental, por ser autónomo y no encontrarse regulado por la Constitución dentro del capítulo de los derechos fundamentales.

“En relación con este último argumento expuesto por el Consejo de Estado, es necesario recordar que la Corte Constitucional, desde sus primeras providencias ha sostenido que los derechos fundamentales no son sólo aquellos que están consagrados por la Constitución en el capítulo 1 del título II, que trata ‘De los Derechos fundamentales’, pues existen otros derechos que no aparecen enunciados allí, pero que, por su naturaleza y contenido, tienen carácter de fundamentales”.

El derecho de acceso a la información también se encuentra consigno-
do en tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del
bloque de constitucionalidad...

6. Ahora bien, con el objeto de poder pronunciarse sobre los primeros
interrogantes jurídicos planteados dentro de este proceso es importante
establecer cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca
del derecho de los ciudadanos a obtener información por parte de las
entidades del Estado.³

Recientemente, en la Sentencia C-491 de 2007⁴ se recopiló la juris-
prudencia de esta Corporación acerca de la materia. En la sentencia se re-
calcó la importancia del derecho a acceder a la información para garanti-
zar la transparencia y la publicidad de la gestión pública, condiciones
fundamentales para impedir la arbitrariedad estatal y para asegurar la vi-

³ Es necesario mencionar que el derecho a acceder a la información bajo control del
Estado ocupa actualmente un lugar central en los organismos de derechos humanos. En
2001 y 2003, el Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la Li-
bertad de Expresión emitió, respectivamente, un Informe sobre la Acción de Hábeas Data
y el derecho a la información, y otro sobre el acceso a la información; en 1994, el Relator
de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión publicó también un informe sobre este
tema (E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994). Además, en el último tiempo se han
aprobado una serie de documentos en los que se contempla este derecho, tales como la
Declaración de Chapultepec (1994), los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad
Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (1996), los Principios de
Lima (2000), la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión
Interamericana de Derechos Humanos (2000) y la Recomendación 2002 (2) del Consejo
de Europa sobre el Derecho de Acceso a Documentos Oficiales. Para más información so-
bre el tema ver la página electrónica de la organización *Article 19* (www.article19.org/).
En ella se puede consultar una base de datos sobre sentencias dictadas por tribunales na-
cionales e internacionales acerca de la libertad de expresión y el derecho a la información.
También se puede acceder a diferentes documentos sobre el acceso a la información, en-
tre los cuales se encuentra el modelo de ley sobre la libertad de información y la versión
electrónica del libro *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, de Toby
Mendel. Ver también el portal de la organización *Open Society Justice Initiative*
(www.justiceinitiative.org/). En esta página se puede acceder a un estudio del año 2006
sobre el tema, titulado “Transparencia y silencio. Encuesta sobre leyes y prácticas del ac-
ceso a la información en catorce países.” Los países analizados de nuestra región son
Argentina, Chile, México y Perú.

⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño. La sentencia contó con el salvamento de voto del ma-
gistrado Jaime Araújo Rentería. La sentencia versó sobre una demanda de inconstitucio-
nalidad presentada contra la Ley 1097 de 2006, “por la cual se regulan los gastos reserva-
dos”.

gencia de un Estado democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

En la misma sentencia se precisaron las siguientes reglas acerca del alcance y las restricciones del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado:

i.) La norma general es que las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado. Ello significa que las normas que limiten el acceso a información deben ser interpretadas de manera restrictiva y que toda limitación debe ser motivada;

ii.) En armonía con lo establecido en el art. 74 de la Constitución, los límites al acceso a la información bajo control del Estado deben ser fijados a través de la ley;

iii.) Los límites fijados en la ley para el acceso a la información pública deben ser precisos y claros en lo referido al tipo de información que puede ser reservada y a la autoridad que puede tomar esa determinación;

iv.) Desde la perspectiva constitucional, los límites al acceso a la información bajo control del Estado sólo son válidos si persiguen la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos, tales como la seguridad y defensa nacionales, los derechos de terceros, la eficacia de las investigaciones estatales y los secretos comerciales e industriales. En todo caso, las restricciones concretas deben estar en armonía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y pueden ser objeto de examen por parte de los jueces;

v.) La determinación de mantener en reserva o secreto un documento público opera sobre el contenido del mismo, pero no sobre su existencia;

vi.) En el caso de los procesos judiciales sometidos a reserva, ésta se levanta una vez terminado el proceso. Solamente podrá continuar operando la reserva respecto de la información que puede comprometer seriamente derechos fundamentales o bienes constitucionales;

vii.) La ley no puede asignarle el carácter de información reservada a documentos o datos que, por decisión constitucional, tienen un destino público;

viii.) En todo caso, la reserva debe ser temporal. El plazo que se fije debe ser razonable y proporcional al bien jurídico que se persigue proteger a través de la reserva;

ix.) Durante la vigencia del período de reserva de la información, los documentos y datos deben ser debidamente custodiados y mantenidos, con el fin de permitir su publicidad posterior;

x.) El deber de reserva se aplica a los servidores públicos. Este deber no cobija a los periodistas y, en principio, la reserva no autoriza al Estado para impedir la publicación de la información por parte de la prensa;

xi.) La reserva de la información bajo control del Estado se aplica a las peticiones ciudadanas. Ella no puede extenderse a los controles intra e interorgánicos de la Administración y el Estado; y

xii.) En el caso de las informaciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales, que era el tema que ocupaba a la Corte en esa ocasión, se admite la reserva de la información, pero siempre y cuando se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁵

7. La posición desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada coincide en los rasgos generales con la postura defendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En 1985, la Corte Interamericana emitió su Opinión Consultiva N° 5 acerca de “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos).” En la Opinión se señalaron los alcances de la libertad de pensamiento y expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención —atrás transcrito y el cual comprende el derecho a buscar información—, así como la dimensión individual y colectiva del mismo:

⁵ En la misma sentencia C-491 de 2007 se recopilaron las reglas referidas a las limitaciones al acceso a la información pública de la siguiente forma: “12. En resumen, la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública —o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información— cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”.

“30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión ‘comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...’ Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Luego, se indicó que el numeral dos del artículo 13 permitía algunas restricciones a la libertad de pensamiento y expresión, las cuales deben ajustarse a unos requisitos de forma —en el sentido de que no opera la censura previa y de que los límites deben ser fijados en la ley— y de fondo —referidos a su legitimidad:

“36. Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

“37. La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.

A continuación, se expresa sobre el numeral 2 del artículo 13 de la Convención: “40. Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa”.

Pasó después la Corte Interamericana a precisar que el mismo numeral 2 del artículo 13 contemplaba que esas restricciones a la libertad de pensamiento y expresión debían ser “necesarias para asegurar” el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. Respecto a la expresión “necesarias para asegurar” manifestó que ella debía ser interpretada de conformidad con los arts. 29 y 32 de la Convención, que tratan, respectivamente, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención y sobre la correlación entre deberes y derechos. Acerca de estos artículos dice:

“42. Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las ‘instituciones democráticas’, ‘democracia representativa’ y ‘sociedades democráticas’ que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es ‘necesaria para asegurar’ uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”.

Finalmente, en lo que interesa para esta sentencia, la Corte compara la regulación de la libertad de información en la Convención Americana y en la Convención Europea de Derechos Humanos, para después concluir que, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, ella considera que las restricciones a la libertad de información fundadas en el artículo 13.2 no solamente deben ser útiles, razonables u oportunas, sino que deben demostrar que son “necesarias” para obtener un interés público imperativo, lo que significa que el test a aplicar es estricto:

“45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo ‘necesari(o) en una sociedad democrática’, habría sido

muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

“46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’. (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones 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 el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment* of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)”.⁶

8. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó sus criterios acerca del derecho de los ciudadanos de acceder a la información pública, en la sentencia sobre el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, dictada el 19 de septiembre de 2006. El caso se originó en la petición de información que habían elevado distintos ciudadanos chilenos al Comité de Inversiones Extranjeras acerca de un proyecto de deforestación que ellos consideraban que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile. El Estado chileno se negó a brindar la información requerida. La Comisión Interamericana de

⁶ Las afirmaciones acerca de las restricciones a la libertad de expresión que fueron vertidas en la Opinión Consultiva No. 5 fueron reiteradas en el Caso *Ulloa Herrera vs. Costa Rica*, fallado en el año 2004 (párrafos 120 y ss.).

Derecho Humanos consideró que la decisión del Estado no aportaba ninguna razón válida para la negativa. También concluyó que el Estado no les brindaba a los peticionarios ningún recurso judicial para impugnar la decisión, razón por la cual demandó al Estado chileno ante la Corte.

En su sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó, entre otras cosas, que el Estado chileno había violado el artículo 13 de la Convención Americana —referido a la libertad de pensamiento y expresión—, al igual que sus obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades contemplados en la Convención, y de adoptar las disposiciones internas necesarias para ello.

La Corte Interamericana reitera en su providencia que ya ha establecido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho a buscar y a recibir información:

“76. En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende ‘no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole’⁷. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

“77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla,

⁷ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párr. 108.

acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.⁸

Luego, recalca la importancia del acceso a la información pública para la democracia y el Estado de Derecho:

“84. Este Tribunal ha expresado que ‘[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte’, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.⁹ La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.¹⁰

“85. La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer 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’.¹¹

“86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace

⁸ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 108-111.

⁹ Cfr. *Caso Yatama*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127, párr. 192; y *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, párr. 34.

¹⁰ Cfr. *supra* nota 75.

¹¹ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 82; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párr. 112; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 70.

posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

“87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública¹². Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

A continuación, indica cuáles son las condiciones que deben cumplir las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado:

“B) Las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado impuestas en este caso

“88. El derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones. Este Tribunal ya se ha pronunciado, en otros casos, sobre las restricciones que se pueden imponer al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹³

“89. En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse ‘por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’. Al respecto la Corte ha enfatizado que

‘En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal

¹² Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 83; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 97; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párr. 127. En el mismo sentido, cfr. *Feldek v. Slovakia*, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y *Surek and Ozdemir v. Turkey*, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999.

¹³ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 165; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 95; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 120-123.

que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

‘[...]’

‘El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común” (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático [...]’¹⁴.

“90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar ‘el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ o ‘la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’.

“91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.¹⁵

“92. La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

“93. Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos.

“94. En el presente caso, está probado que la restricción aplicada al acceso a la información no se basó en una ley. En esa época no existía en Chile legislación que regulara la materia de restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado.

“95. Asimismo, el Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pu-

¹⁴ Cfr. Opinión Consultiva. OC-6/86, *supra* nota 86, párrs. 26-29.

¹⁵ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 121 y 123; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 46.

diera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto.

“(…)

“98. Tal como ha quedado acreditado, la restricción aplicada en el presente caso no cumplió con los parámetros convencionales. Al respecto, la Corte entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales (*supra* párrs. 77 y 88 a 93), crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”.

9. Como se puede observar, tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado —“principio de la máxima divulgación”—, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas.

Sin embargo, en los dos casos se admite que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley, lo cual en el contexto colombiano exige una decisión del Congreso de la República. Empero, la determinación debe ser motivada, debe respetar los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, a partir de un test estricto, y, además, las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.

**El Ministerio de Defensa debe suministrar
la información solicitada por el actor
en sus derechos de petición**

10. Con base en los anteriores elementos pasa ahora esta Sala de Revisión a analizar si el Ministerio de Defensa debe acceder a la petición del actor acerca de que le sean suministrados los nombres, códigos institucionales, unidades a las que estaban adscritos y líneas de mando de distintos miembros de la Fuerza Pública que se encontraban presentes en ciertos lugares, en determinadas fechas y horas que indica el actor.

En el cuestionario que la Sala de Revisión le envió al Ministerio de la Defensa se le indagó nuevamente acerca de cuál era su fundamento legal

para mantener en reserva los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que participan en operaciones distintas a las de inteligencia. En su respuesta el Ministerio manifestó que no podía acceder a la petición del actor porque los hechos que éste denuncia son materia de investigación, razón por la cual están sujetos a reserva. Además, expone que la entrega de esos datos comportaría la vulneración de los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia de los agentes de la Fuerza Pública correspondientes. Al respecto expresa que aun cuando la información sobre los agentes del Estado es pública, el actor relaciona a los militares y policías sobre los que pregunta con hechos que constituirían violaciones a los derechos humanos. Por eso considera que suministrarle los datos por él pedidos sería violatorio de las garantías judiciales de esas personas. Sin embargo, expresa que si el actor acredita que es víctima de los hechos que denuncia, puede hacerse parte dentro de los procesos que se adelantan ante la justicia penal y allí podría tener acceso a la información que solicita.

11. Lo primero que cabe decir es que todavía no se ha dictado en el país una ley que abarque las diferentes facetas del derecho ciudadano de acceder a las informaciones que reposan en las instituciones estatales o en manos privadas. Sin embargo, sí existen algunas normas que se refieren a este punto. Así, por ejemplo, el título II de la Ley 57 de 1985 está dedicado al “acceso ciudadano a los documentos”. En su artículo 12 se señaló:

“Artículo 12. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”.

También el art. 27 de la Ley 594 de 2000, “Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones”, determinó al respecto:

“ARTÍCULO 27. ACCESO Y CONSULTA DE LOS DOCUMENTOS. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley.

“Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes”.

Ahora bien, en este caso el Ministerio de la Defensa no manifiesta que el hacer públicos los nombres solicitados constituya un riesgo para la defensa o la seguridad nacional. Él se limita a expresar que la entrega de los nombres en las circunstancias existentes comportaría una vulneración de los derechos de sus agentes al debido proceso y a la presunción de inocencia, dado que el actor pretende relacionarlos con hechos vulneratorios de los derechos humanos.

12. Por lo tanto, la Sala de Revisión habrá de determinar si en este caso concreto la decisión del Ministerio se encuentra en armonía con la Constitución, lo que significa analizar si la limitación del derecho de acceso a la información, en este caso, se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto lo primero que cabe decir es que en este caso el examen de proporcionalidad de la medida debe ser estricto, puesto que se trata de una decisión que afecta el derecho de acceder a la información que reposa en el Estado, un derecho que —como ocurre en general con la libertad de expresión e información— tiene un carácter preferente. Al respecto se indicó en la Sentencia C-010 de 2000¹⁶:

“3- La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts 1º, 3º y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad¹⁷, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado”.

¹⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Véase en especial, y entre muchas otras, las sentencias T-609 de 1992, T-066 de 1998 y C-087 de 1998.

El carácter preferente de la libertad de expresión —en todas las formas que asume— ha conducido a la Corte a establecer que el examen de proporcionalidad que se adelanta sobre las medidas que la restringen debe ser estricto. Así se determinó en la mencionada sentencia C-010 de 2000, que versó sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada contra distintas normas de la Ley 74 de 1966, “por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión.” También fue este el caso de la Sentencia T-391 de 2007,¹⁸ en el cual se revisó una sentencia de tutela a través de la cual se había ordenado a la empresa Radio Cadena Nacional S.A. que “adecuara el contenido del “El Mañanero de La Mega” a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje”. Igual ocurrió en la sentencia C-872 de 2003, que versó sobre el carácter reservado de los documentos que sirven de base para la evaluación de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional. Por lo demás, este criterio se acompasa con la decisión tomada en la Opinión Consultiva No. 05 y en la comentada sentencia Claude Reyes y otros *vs.* Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de seguir el planteamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos acerca de que toda restricción a la libertad de expresión debe perseguir un interés público imperativo.

El hecho de que en este caso el examen de proporcionalidad sea estricto implica que el juicio no se reduce a observar si la decisión del Ministerio de la Defensa persigue un fin acorde con la Constitución y es adecuada para lograrlo, sino que también implica observar si esa medida es necesaria para lograr un fin que, más que legítimo, es imperioso, y si los beneficios logrados con ella en materia de protección de un derecho constitucional están en una relación de proporcionalidad estricta con los derecho y bienes constitucionales que afecta.¹⁹

Así, se puede observar que la decisión del Ministerio de la Defensa persigue un fin ajustado a la Constitución, cual es el de proteger los derechos fundamentales al debido proceso y la presunción de inocencia de

¹⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. El magistrado Rodrigo Escobar Gil salvó el voto.

¹⁹ Sobre el examen de proporcionalidad y sus diferentes niveles ver, entre muchas otras, las sentencias C- 227 de 2004 y C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y C-265 de 1994 y C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

los miembros de la Fuerza Pública cuyos nombres son solicitados por el actor. De la misma manera, el rechazo de la solicitud de proporcionar las identidades de esos agentes no puede ser calificada como inadecuada para garantizar esos derechos.

Sin embargo, la decisión no cumple con los requisitos de necesidad y de estricta proporcionalidad que incorpora el examen estricto de la proporcionalidad de la medida. Ciertamente, la determinación del Ministerio de Defensa hace inoperante en este caso el derecho ciudadano de acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado. En realidad, la protección del debido proceso y la presunción de inocencia de los agentes de la Fuerza Pública cuyos nombres solicita el actor podría lograrse a través de medidas menos lesivas del derecho de acceso a la información.

Por otra parte, la decisión del Ministerio comporta una afectación extrema del derecho de acceder a la información, con lo cual obstaculiza también la realización del derecho de las víctimas a lograr la verdad, la justicia y la reparación, y una garantía de no repetición de los hechos que los afectan. Es decir, independientemente de si son inocentes los agentes de la Fuerza Pública cuyos nombres se solicitan, las víctimas tienen el derecho de indagar sobre las circunstancias y los presuntos autores de los delitos y ello significa que pueden acceder a los nombres de los agentes que ellos consideran que podrían estar implicados.

Por lo tanto, esta Sala de Revisión considera que no es suficiente el argumento esgrimido por el Ministerio de la Defensa para no proporcionar los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que son solicitados por el actor. Para proteger los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia de los soldados y policías cuyo nombre se solicita, el Ministerio y los agentes de la Fuerza Pública cuentan con otros mecanismos menos lesivos del derecho ciudadano a obtener información que reposa en los organismos del Estado. Además, los beneficios que proporciona la medida no se encuentran en una relación de estricta proporcionalidad con las restricciones que genera para el mencionado derecho de acceder a la información y, en este caso específico, con el derecho de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido y lograr que haya justicia y reparación.

13. En su respuesta al cuestionario que le enviara la Corte, el Ministerio de la Defensa plantea también que no puede proporcionar los nom-

bres solicitados, puesto que los casos denunciados por el actor todavía se encuentran en investigación. Al respecto es importante tener en cuenta que este argumento se contradice con pruebas aportadas al proceso por el mismo Ministerio, pues al escrito se anexa un documento de la Brigada XVII en el que se señala que se adelanta investigación disciplinaria interna sobre 10 de los 29 hechos denunciados por el actor en un derecho de petición, lo que significa que en 19 casos no se adelanta ninguna investigación. Aún más, también se anexa un escrito del Comandante del Departamento de Policía de Urabá, en el que éste expresa que no adelanta ninguna investigación interna por los hechos denunciados por el actor, por cuanto estarían basados en “afirmaciones sin asidero probatorio o fáctico” y, además, esa institución no ha recibido denuncias al respecto.

De otro lado, cabe comentar que la reserva de las investigaciones no se aplica a los nombres de los investigados, sino a las diligencias practicadas. Además, la Corte ha determinado que no constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas la publicación de sus nombres en relación con investigaciones que adelantan las autoridades competentes por un hecho delictivo, siempre y cuando ni las autoridades de policía ni el medio de comunicación procedan a hacer acusaciones o calificaciones que corresponden a la justicia. Así, en la Sentencia T-552 de 1995,²⁰ en la que se decidió sobre una tutela presentada por una persona sobre la cual se había publicado, con base en informes policiales, que había sido capturada y estaba siendo investigada por el delito de hurto agravado, la Corte dijo:

“Entonces, la presentación de informes hablados, escritos y gráficos, a través de los distintos medios de comunicación, acerca de las capturas logradas por la Policía, bien que se trate de sujetos buscados por la Fiscalía y por los jueces de la República, ya de individuos sorprendidos en flagrancia o cuasiflagrancia, no puede entenderse como violación de los derechos a la honra y al buen nombre de los capturados, a menos que la información transmitida sea falsa, sino del normal ejercicio del derecho a la información por parte de las autoridades policiales y de la colectividad.

“Desde luego, la Corte debe insistir en que los boletines correspondientes no pueden sustituir las providencias judiciales mediante las cuales únicamente la Rama Judicial del Poder Público goza de autoridad para calificar la res-

²⁰ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

ponsabilidad penal de los sindicatos y para imponer las sanciones previstas por la ley a quienes sean hallados culpables.

“En consecuencia, los informes policiales transmitidos al público en relación con capturas u operativos en virtud de los cuales se impide, se interrumpe o se hace fracasar una acción delictiva deben ser, por su naturaleza, escuetos, es decir, han de reflejar, para conocimiento de la sociedad, los hechos acontecidos, tal y como ocurrieron, evitando toda calificación sobre responsabilidad penal que pueda encerrar condena anticipada de los capturados, pues la función de definirla ha sido reservada de manera exclusiva a la jurisdicción”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia T- 1225 de 2003²¹, que trató sobre una tutela presentada por dos personas contra medios de comunicación que habían publicado que ellas habían sido vinculadas a una investigación por hurto. En esa oportunidad la Corte añadió que tampoco vulneraba los derechos fundamentales el hecho de que la noticia fuera presentada en forma poco técnica:

“No viola los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra o al debido proceso que un medio de comunicación use equivocadamente un lenguaje técnico o use un lenguaje coloquial como “ser cogido con la mano en la masa” al informar, con apoyo en evidencias suministradas por autoridades públicas, sobre hechos delictivos en cuya investigación se involucra a personas identificadas con nombre y apellido, siempre y cuando dicho uso del lenguaje no implique la atribución de responsabilidad de las personas sobre quienes se informa ni una acusación formulada por el propio medio cuando la justicia continúa investigando lo sucedido”.

Evidentemente, la regla acerca de la posibilidad de publicar los nombres de personas investigadas o acusadas se aplica también a los miembros de la Fuerza Pública, que son servidores públicos y están sometidos al principio de publicidad.

14. Ahora bien, la Sala de Revisión se cuestiona si, dadas las difíciles condiciones de orden público existentes en la región de Urabá —que constituyen un hecho notorio— el suministro de los nombres solicitados por el actor podría generar una amenaza para la vida e integridad personal de los miembros de la Fuerza Pública concernidos, puesto que la información podría eventualmente filtrarse y hacerse pública. Es decir,

²¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cabe preguntarse también en este caso si la negativa de suministrar los nombres puede fundamentarse debidamente en razones de seguridad de los agentes.

Como en el punto anterior, puede afirmarse sin duda alguna que el rechazo de la solicitud de suministro de los nombres, con el fin de garantizar la vida e integridad personal de los miembros de la Fuerza Pública, persigue un objetivo fiel a la Constitución, y además imperioso. También se puede asegurar que el medio escogido para ello —reservarse los nombres— es adecuado para lograr el fin.

Sin embargo, también en este caso puede concluirse que la medida escogida para lograr la no identificación de los miembros de la Fuerza Pública —la reserva de los nombres de los efectivos que participan en determinadas acciones distintas a las de inteligencia— no cumple con los requisitos de necesidad y de proporcionalidad que incorpora el juicio estricto de proporcionalidad de la medida. Ciertamente, para garantizar la seguridad de los miembros de la Fuerza Pública aludidos se puede acudir a medidas menos lesivas del derecho ciudadano a obtener información que reposa en las instituciones del Estado.

La afectación de este derecho es aún menos tolerable si se tiene en cuenta que las personas cuyos nombres son solicitados por el actor son agentes de la Fuerza Pública. Si el Ejército y la Policía Nacional consideran que la identificación de sus agentes puede acarrearles riesgos para su vida e integridad personal, deben diseñar los mecanismos necesarios para impedir que cristalicen esos riesgos. Y, ciertamente, pocas instituciones cuentan con mejores condiciones para lograr este objetivo.²²

²² Por lo demás, es importante señalar que los mismos reglamentos sobre los uniformes de los miembros de la Fuerza Pública establecen que en los uniformes deben aparecer con claridad los nombres de los agentes, con lo cual se persigue que ellos sean identificables por los ciudadanos. Un buen ejemplo lo constituye la Resolución 2495 de 1997, mediante la cual el Director General de la Policía Nacional dictó el “Reglamento de Uniformes, Insignias, Distintivos y Condecoraciones para el personal de la Policía Nacional”. El artículo 1o. del reglamento fija cuál es su propósito, así: “Art. 1o. Objeto y alcance. El presente reglamento establece la clasificación, características, composición, descripción y uso de los uniformes, insignias, distintivos, condecoraciones y demás prendas para el personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, auxiliares bachilleres y regulares, alumnos de las escuelas de formación, personal civil y alumnos de los colegios de la Policía Nacional que reciban instrucción policial especial. // Los uniformes, insignias, distintivos y condecoraciones serán los dispuestos en el presente reglamento, su uso es obligatorio y exclusivo para el personal de la Policía Nacional”.

15. Finalmente, se pregunta la Sala de Revisión si la publicidad de los nombres de los agentes de la Fuerza Pública concernidos podría poner en peligro la vida e integridad personal de sus familiares. Al respecto cabe decir, por un lado, que es de esperar que, al igual que ocurre con los miembros de la Fuerza Pública, el Ejército y la Policía Nacional cuenten con medidas especiales para su protección. Pero, además, a la Corte no le han llegado noticias acerca de amenazas o atentados contra ellos. Por eso, ante la ausencia de amenazas concretas e inminentes contra los familiares de los miembros de la Fuerza Pública acantonados en Urabá, este argumento no puede esgrimirse para impedir la publicidad de los nombres de los agentes de la Fuerza Pública cuya identificación solicita el actor.

16. Empero, la Sala de Revisión considera que podrían darse casos en los que se requiera hacer una excepción a lo establecido hasta ahora acerca del deber de suministrar los nombres de los agentes de la Fuerza Pública. Esta excepción, no alegada en el proceso pero relevante, apunta a permitir la valoración de las circunstancias en que se encuentran los policía, miembros de un cuerpo civil cuyos miembros viven con sus fa-

En el art. 3o. se contemplan las obligaciones del personal de la Policía Nacional a este respecto. Allí se dispone en el numeral 5: “La placa de identificación policial y el tarjetero se usarán siempre con los uniformes de calle, presentación, servicio y clase”. Luego, el art. 4, numeral 1o., establece que le está prohibido al personal de la Policía Nacional “[h]acer modificaciones a los uniformes, accesorios, insignias y distintivos establecidos en este reglamento; cualquier alteración será considerada como falta disciplinaria.” Más adelante, en el artículo 144, se define cómo debe ser el tarjetero, donde consta el nombre del agente: “En material acrílico de color verde aceituna de 2 c. de ancho por 7 cm de largo, con borde blanco. En bajo relieve con caracteres blancos de 0.8 cm de alto el primer apellido y la inicial del segundo para el personal masculino y el nombre y la inicial del primer apellido para el personal femenino.// Se usará sobre la tapa del bolsillo superior derecho del saco o camisa. En la cara posterior llevará dos agujas para asegurar con broche de presión. // Con uniforme de trabajo, el tarjetero consiste en un rectángulo en tela verde aceituna, de longitud igual a la del ancho del bolsillo de la guayabera y 3 c. de ancho, con ribete y caracteres bordados con hilo negro, lleva el primer apellido para el personal masculino y el nombre e inicial del primer apellido para el femenino en letras de 1.3 cm. de alto, se usa por el personal en todos los grados sobre el bolsillo derecho de la guayabera”.

La Resolución anotada indica que desde el mismo diseño de los uniformes de la Fuerza Pública se parte de la base de que los nombres de sus agentes deben ser visibles y reconocibles para los ciudadanos. Esto significa que la actividad cotidiana de los miembros de la Fuerza Pública entraña que sus identidades sean conocidas, tal como lo solicita el actor de la presente tutela.

milias, con el fin de proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional y su familia. Se trata de aquellas situaciones en las que los miembros de la Policía habitan con su familia por fuera de los cuarteles, lo cual los podría hacer muy vulnerables en el contexto de la zona. En estas situaciones, se podrá negar el suministro del nombre del miembro de la Policía, siempre y cuando el Comandante General de la Policía Nacional certifique las condiciones de la persona y justifique que su nombre no sea hecho público por ser necesario para proteger su vida y la de su familia ante un riesgo claro y presente no evitable de otra manera menos restrictiva de derechos.

No obstante, la decisión de no revelar la información sobre policías en dichas circunstancias debe estar acompañada de la decisión, expresa de colaborar con la justicia en lo que ella requiera, de ser el caso.

17. Por lo expresado, la Sala de Revisión considera que, en principio, el argumento acerca de evitar eventuales e hipotéticas amenazas a la vida e integridad personal de los agentes de la Fuerza Pública concernidos tampoco constituye una razón suficiente para negar la solicitud del actor acerca de que le sean suministrados los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en determinados lugares, en ciertas fechas y horas.

La Sala de Revisión es consciente de que en la Sentencia C-872 de 2003²³ la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 27 del Decreto 1799 de 2000,²⁴ que determinaba que “los documentos de evaluación [de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares] tienen carácter reservado salvo para las partes que intervienen en el proceso”. Puesto que podría pensarse que esa decisión es contradictoria con la que se ha anunciado en esta sentencia, es importante establecer la diferencia entre los dos asuntos.

En la sentencia C-872 de 2003, la Corte estableció que la evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se realizaba con base en cuatro formularios. En tres de ellos se recopila información básica sobre los evaluados, su programa personal de desempeño y su folio de vida, mientras que en el cuarto se consigna la evaluación y clasificación

²³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Salvó parcialmente su voto el magistrado Jaime Araújo Rentería.

²⁴ “Por el cual se dictan las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones”.

de los oficiales y suboficiales. Pues bien, la Corte encontró que esos documentos reseñaban información personal del evaluado, al igual que datos profesionales del mismo acerca de las operaciones en las que había participado y el resultado de las mismas.

Por lo anterior, la Corte consideró que los datos personales estaban amparados por el derecho a la intimidad. Al mismo tiempo, estimó que la publicidad de los datos profesionales podría poner en peligro la vida e integridad física de los evaluados. De esta manera, concluyó que la restricción del principio de publicidad en ese caso era razonable y proporcional, máxime si se advertía que, entre otras cosas, en la evaluación se debían tomar en cuenta las investigaciones disciplinarias y penales que se adelantaban contra el examinado y que el velo de la reserva no se aplicaba a las autoridades investigadoras.

La situación que se analiza en este caso es distinta. El actor no está solicitando información personal sobre los agentes de la Fuerza Pública concernidos. Tampoco pretende conocer la historia laboral de cada uno de los miembros de la Fuerza Pública cuyo nombre pide que se haga público. Su petición se limita a establecer los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que estaban en un lugar determinado, en una fecha y hora precisas. Por eso, no puede aplicarse la razón de la decisión tomada en la Sentencia C-872 de 2003 al caso que aquí se analiza.

Además, en este caso la información requerida es, a juicio del peticionario, necesaria para ejercer otro derecho —el de acceder a la justicia, la verdad y la reparación— cuyo titular no es el miembro de la Fuerza Pública concernido.

18. Con base en los argumentos presentados, la Sala de Revisión considera que el Ministerio de la Defensa sí debe suministrar los datos solicitados por el demandante. La información que se proporcione debe contener la relación de los nombres de los miembros de la Fuerza Pública concernidos, con indicación de las fechas de servicio y el lugar donde fue prestada, según lo pedido. Sin embargo, es necesario hacer la salvedad de que la inclusión de un nombre en la lista en ningún caso puede tenerse como una sospecha, un señalamiento o, mucho menos, un reconocimiento de responsabilidad. Aún más, si el Ministerio lo considera necesario podrá hacer una aclaración expresa en el mismo documento contentivo de la relación acerca de que el acto de proporcionar esa información no entraña de ninguna manera el reconocimiento sobre la participación de esas per-

sonas en actividades delictivas. Además, es preciso advertir que esta sentencia no libera al actor de responder por el manejo que haga de la información que se le entregue. En especial, el actor debe respetar los derechos de las personas incluidas en la lista, lo cual, se repite, de ninguna manera puede ser calificado como sospecha, indicio o señalamiento en contra de alguien, sino como el cumplimiento de un deber de transparencia y de identificación de los miembros de la Fuerza Pública.

Con esta determinación se resuelve una parte del problema jurídico planteado en la presente tutela. Sin embargo, es necesario, por la información que obra en el expediente, ahondar en otra cuestión.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional sobre la Comunidad de Paz de San José de Apartadó

19. La Comunidad de Paz de San José de Apartadó fue creada en el año de 1997. Incluso desde antes de su creación, las personas que la conformaron, al igual que las que les prestan servicios, han sufrido numerosas y continuas violaciones de sus derechos.

El actor acompaña a la tutela una lista de las agresiones sufridas por la Comunidad entre 1997 y 2005, elaborada con base en la base de datos de la misma Comunidad. Allí relaciona un total de 588 agresiones, entre las cuales las más frecuentes, según el tutelante, se refieren a ejecuciones extrajudiciales, detenciones ilegales, amenazas, pillaje, y torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

...

Ciertamente, podrían hacerse preguntas acerca del cuadro y las cifras presentadas. Pero lo cierto es que el mismo aporta una idea acerca de cuán grave ha sido la situación de los derechos humanos en San José de Apartadó, desde el año de 1996. Esta situación, y su magnitud, es de conocimiento público, si bien pueden existir discrepancias acerca de las causas del mismo. En realidad, se puede concluir que los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó han sido objeto de persecución y hostigamiento continuos desde esa época. Y la situación persiste, como lo evidencian los últimos asesinatos en la zona, a los cuales se hace referencia en el acápite de pruebas. Independientemente de quiénes

sean identificados por la justicia como autores de estos delitos, es claro que los integrantes de dicha Comunidad de Paz requieren protección, y que los responsables de los delitos deben ser sancionados y que deben ser efectivamente garantizados los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

20. Lo anterior explica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional se hayan ocupado en el pasado sobre San José de Apartadó.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en seis ocasiones sobre la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. En esas seis oportunidades ha dictado medidas provisionales a favor de la Comunidad, con fundamento en lo dispuesto en el art. 63.2 de la Convención Americana, según el cual “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

La primera resolución fue dictada el 9 de octubre de 2000. En esa ocasión, el pronunciamiento se hizo a través del Presidente de la Corte, a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.²⁵ En la resolución se manifiesta que la Comisión había solicitado que se dictaran medidas provisionales a favor de los miembros de la Comunidad de Paz, por cuanto “los residentes de dicha comunidad ‘han sido objeto de graves actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares de la zona’, de los que serían también responsables miembros el Ejército de Colombia.” Después de relacionar algunos de los hechos que había detallado la Comisión, entre los cuales se encontraba “el asesinato de 47 de [los] miembros [de la comunidad] en un período de nueve meses”, el Presidente de la Corte Interamericana requirió al Estado colombiano para que adoptara, sin dilación, “cuantas medidas sean necesarias

²⁵ En la resolución del Presidente de la Corte Interamericana se manifiesta también que la Comisión misma había dictado medidas cautelares a favor de la población de San José de Apartadó, el 17 de diciembre de 1997, pero que esas medidas “no habrían logrado detener la violencia desatada ‘contra los miembros de la comunidad y los actos de hostigamiento [que] amenazan de manera grave y continua el derecho a la vida y la integridad personal de las personas protegidas”.

para proteger la vida e integridad personal” de un conjunto de personas que integran la Comunidad de Paz.

La decisión del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue ratificada por la Corte en su resolución del día 24 de noviembre de 2000. Por lo tanto, en el numeral segundo, se requirió al Estado colombiano para que “mant[uviera] las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal” de las personas en cuyo favor se habían dictado las medidas provisionales. Además, en la parte resolutive se agregaron las siguientes decisiones:

“3. Requerir al Estado de Colombia que amplíe, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los demás miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

“4. Requerir al Estado de Colombia que investigue los hechos que motiven la adopción de estas medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes, e informe sobre la situación de las personas indicadas en los puntos resolutive anteriores.

“5. Requerir al Estado de Colombia que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual.

“6. Requerir al Estado de Colombia que asegure las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares.

“7. Requerir al Estado de Colombia que dé participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“8. Requerir al Estado de Colombia que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada dos meses a partir de la notificación de la presente Resolución, sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la misma.

“9. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a los informes del Estado de Colombia dentro de un plazo de seis semanas a partir de su recepción”.

El 18 de junio de 2002, la Corte Interamericana dictó una nueva resolución sobre medidas provisionales. En ella requiere al Estado para que “mantenga las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz” y para

que amplíe esas medidas a favor de las personas que le prestan servicios a la Comunidad de Paz. En ese mismo sentido, requiere al Estado para que garantice las condiciones de seguridad tanto en la vía que comunica a Apartadó con el corregimiento de San José de Apartadó como en la terminal de transporte de Apartadó. Los demás numerales de la parte resolutive fueron también ratificados. Además, se añadió un requerimiento al Estado colombiano para que “de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, establezca un mecanismo de supervisión continua y de seguridad permanente en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la presente Resolución”.

Las medidas provisionales fueron confirmadas en la resolución del 17 de noviembre de 2004. En ella, la Corte señala algunas denuncias recibidas sobre agresiones sufridas por miembros de la Comunidad de Paz. Destacó también que la Comisión Interamericana había manifestado su preocupación “por el permanente estado de zozobra y pánico en que viven los habitantes de la Comunidad de Paz, debido a los constantes señalamientos de los que son objeto por parte de la Fuerza Pública, las acciones de los grupos paramilitares en la zona y la falta de avance en las investigaciones.” Sobre el último punto refirió que la Comisión aseguraba que los miembros de la Comunidad de Paz estaban colaborando en las investigaciones penales, pero que “las actuaciones del Estado parecen estar orientadas a investigar a los testigos y no a los victimarios, así como a manipular los testimonios para evitar el esclarecimiento de los hechos.” Igualmente, indicó que los representantes de la Comunidad de Paz se quejaban tanto de la impunidad reinante como de la renuencia del Estado para evaluar los resultados de las investigaciones penales. Así mismo, resaltó que el Estado reiteraba que el Consejo Interno de la Comunidad de Paz no cooperaba en las investigaciones.

La resolución del 15 de marzo de 2005 fue dictada pocos días después de la masacre en la que fue asesinado el líder de la Comunidad de Paz Luis Eduardo Guerra. En la resolución se hace referencia a la Sentencia T-327 de 2004 de la Corte Constitucional. También se asegura que “los últimos hechos de violencia e intimidación a que fueron sometidos varios miembros de la Comunidad de Paz, y el asesinato de ocho de sus integrantes, entre ellos uno de sus líderes, el señor Luis Eduardo Guerra y su familia, demuestra la situación de inseguridad en que se encuentran los beneficiarios de las presentes medidas provisionales, ya que la muer-

te de dichas personas evidencia una situación de extrema gravedad y requiere medidas urgentes de protección”.

En la resolución se reitera el requerimiento al Estado para que adopte las medidas provisionales ordenadas por la Corte en las anteriores resoluciones. Además, se redoblan los anteriores requerimientos y se añaden otros, así:

“2. Requerir al Estado que:

“a) adopte las otras medidas que sean necesarias para cumplir estrictamente y en forma inmediata con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (...);

“b) implemente cuantas providencias sean necesarias, en vista del incremento de los actos de violencia en contra de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, para garantizar la protección y la seguridad de los beneficiarios de las presentes mediadas y permitir que sigan viviendo en su residencia habitual, sin ningún tipo de coacción o amenaza;

“c) asegure e implemente de forma efectiva las condiciones necesarias para que los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares;

“d) garantice eficazmente las condiciones de seguridad necesarias en la ruta entre San José de Apartadó y Apartadó, en la terminal de transporte de Apartadó y en el sitio conocido como Tierra Amarilla, tanto para que los transportes públicos de personas no sean objeto de nuevos actos de violencia, así como para asegurar que los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó reciban y puedan transportar de manera efectiva y permanente productos, provisiones y alimentos;

“e) implemente, de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, al servicio de los beneficiarios, los medios técnicos necesarios para establecer mecanismos de protección y supervisión continua adecuados, tales como el sistema de alerta temprana, y otros servicios de comunicación permanente y de reacción inmediata para la protección de los miembros de Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la presente resolución;

“f) investigue los hechos que motivaron la adopción y mantenimiento de las medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes, incluyendo la investigación de los hechos denunciados después de que la Corte emitió la Resolución del 17 de noviembre de 2004, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos;

“g) investigue, en particular, los hechos relacionados con la muerte de los señores Luis Eduardo Guerra Guerra, Bellanira Areiza Guzmán, Alfonso Bolívar Tuberquia, Sandra Milena Muñoz, Alejandro Pérez Cuiles, y de los menores Deiner Andrés Guerra Tuberquia, Natalia Andrea Tuberquia Muñoz y Santiago Tuberquia Muñoz, con el fin de identificar y sancionar efectivamente a los responsables;

“h) investigue la alegada actuación de los integrantes de la fuerza pública en los hechos de violencia y amenaza a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, con el fin de aplicar la ley en los términos que correspondan; e

“i) continúe dando participación a los beneficiarios de las medidas provisionales o a sus representantes en la planificación e implementación de dichas medidas, para establecer las que sena más adecuadas para la protección y seguridad de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Finalmente, el 2 de febrero de 2006 se dictó una nueva resolución en la que se reiteró que el Estado debía mantener las medidas adoptadas y disponer las demás que fueren necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. En la resolución también se reitera que el Estado debe continuar con las investigaciones y dar participación a los beneficiarios de las medidas en la planificación e implementación de las mismas.

21. También la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en su sentencia T-327 de 2004.²⁶ La tutela fue instaurada por el mismo actor del presente proceso, como agente oficioso de varias personas pertenecientes a la Comunidad, con el objeto de que se protegieran, entre otros, sus derechos a la vida y la integridad personal, la libertad, el buen nombre y el debido proceso. Posteriormente, la Defensoría del Pueblo coadyuvó la tutela. La acción fue impetrada contra el Comandante de la Brigada XVII en ese entonces, quien fue acusado de elaborar “una estrategia tendiente a desintegrar la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, mediante acusaciones que llevaran a sus líderes a la cárcel o alternativamente a darle muerte a tra-

²⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

vés de acciones de unidades paramilitares”. La acusación fue rechazada en forma vehemente por el Comandante de la Brigada XVII.

En la sentencia, la Corte encontró que los jueces de tutela no se habían referido a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del día 18 de junio de 2002. Así, la Corte procedió a reseñar el contenido de la mencionada Resolución y transcribió la parte resolutive de la misma. A continuación, la Corte hizo referencia a la Sentencia T-558 de 2003,²⁷ en la cual se determinó que las medidas provisionales y cautelares dictadas por los organismos del sistema interamericano de derechos humanos obligaban al Estado colombiano y que la acción de tutela procedía para lograr el cumplimiento de esas medidas.

En esa oportunidad, la Sala de Revisión respectiva consideró que el fin real de la acción de tutela no era el de que ella se pronunciara sobre los hechos allí denunciados —para lo cual existían otras autoridades competentes—, sino el de obtener la protección integral de los miembros de la Comunidad. Así, consideró que lo afirmado por los demandantes, junto con la situación descrita por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de San José de Apartadó y la Comunidad de Paz, permitían concluir que “existían al menos indicios sobre las amenazas del derecho a la vida de tales personas y a la integridad física, entre otros de los derechos fundamentales posiblemente afectados.” Ello a pesar de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana.

La Corte estableció, entonces, que el Estado colombiano aún no había culminado el proceso de adopción de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana. Por lo tanto, decidió conceder la tutela mientras finalizaba ese proceso. Para ello dispuso que, hasta que finalizara el proceso de adopción de las medidas por las autoridades nacionales, el Comandante de la Brigada XVII debía “[c]umplir, en el ámbito territorial de competencia de la Brigada, los requerimientos impuestos al Estado colombiano por la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, sobre ‘Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia – Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó’, en beneficio de las personas que fueron objeto de medidas cautelares por la mencionada

²⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte, es decir, los miembros de la Comunidad de Paz y las personas que tengan un vínculo de servicio con esta Comunidad”.

En la parte resolutive de la sentencia también se impartieron las siguientes órdenes para el Comandante de la Brigada XVII:

“2. En todos los casos en que sea privado de la libertad a cualquier título, un integrante de la Comunidad de Paz o una persona vinculada al servicio de la misma, informará inmediatamente a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que en cumplimiento de sus funciones, velen por la protección de los derechos fundamentales de las mencionadas personas.

“3. No se podrá mantener privado de la libertad en las instalaciones del Ejército ni, en particular, en la Brigada XVII del Ejército, a ningún integrante de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, ni a ninguna persona vinculada a esta Comunidad. En caso de retención de alguna de estas personas, éstas deberán ser puestas inmediatamente a órdenes de la autoridad judicial, y trasladadas al lugar que indique el fiscal o juez del caso.

“4. El Comandante de la Brigada XVII del Ejército, o quien haga sus veces, ordenará al personal bajo su mando, otorgar un tratamiento de especial cuidado y protección cuando se trate de requisas en retenes y estén de por medio los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, los habitantes de este municipio, los conductores de transporte público o las personas vinculadas al servicio con esta Comunidad. La información allí obtenida sólo puede servir para los fines definidos en la ley y no puede ser utilizada para fines distintos, ni mucho menos, podrá ser suministrada a terceros.

“Salvo los casos expresamente señalados por la ley, no se podrán retener los documentos de identidad de las personas requisadas que han sido beneficiadas de medidas cautelares por la Corte Interamericana en mención.

“5. El Comandante de la Brigada XVII del Ejército Nacional, o quien haga sus veces, asume bajo su responsabilidad, la garantía y protección de los derechos fundamentales que adelante se indican, de los habitantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y de las personas que tienen vínculos con ella. Para tal efecto, debe adoptar las decisiones que sean necesarias para garantizar su seguridad personal. Bajo su responsabilidad tiene la protección de los derechos a la vida, integridad personal, seguridad personal, libertad de locomoción, a la privacidad del domicilio y a la intimidad de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y de quienes tienen vínculos de servicio con la Comunidad, dándole cumplimiento, en todo caso, a las órdenes judiciales.

“Para el cabal cumplimiento de lo ordenado, el Comandante de la Brigada XVII del Ejército, o quien haga sus veces, elaborará los manuales operativos

o manuales de instrucciones al personal bajo su mando, con el fin de asegurar que se ejecute estrictamente lo ordenado en esta sentencia. De estos manuales enviará copia a la Procuraduría y a la Defensoría del Pueblo, en un término no mayor a treinta (30) días”.

22. Como se expresó, al momento de dictar la sentencia T-327 de 2004 el Estado colombiano todavía no había terminado el proceso de adopción de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso, en la sentencia se estableció:

“Según esto, se está en la etapa de las reuniones con la comunidad con el propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por el organismo internacional, pero no existe ningún procedimiento concreto encaminado a contrarrestar inmediatamente el temor de los habitantes, ni hay prueba de que las medidas cautelares ya se hubieren proferido.

“Ante esta omisión, la Corte Constitucional concederá esta acción de tutela, mientras culmina el procedimiento de adopción de medidas cautelares a nivel nacional y por parte de las más altas autoridades del Estado, con el fin de que cesen las perturbaciones a la Comunidad. Para tal efecto, procederá a proteger a los individuos que integran la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, impartiendo unas órdenes a nivel regional, encaminadas no sólo a aminorar el temor de los habitantes de San José de Apartadó y de quienes tienen vínculos de servicio con la Comunidad, sino para proteger sus derechos fundamentales mencionados, pues el juez de tutela no puede denegar la solicitud de tutela simplemente porque las autoridades nacionales no han finalizado el proceso de adopción de medidas cautelares ordenadas por la Corte Interamericana, dado que los hechos indican que existen amenazas de violación de los derechos humanos de la Comunidad de Paz y de quienes tienen vínculos de servicio con la Comunidad.

“En consecuencia, la Corte proferirá tanto las medidas de protección correspondientes a nivel regional, de acuerdo con los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las órdenes pertinentes a la acción de tutela puesta bajo su estudio”.

La sentencia T-327 de 2004 fue dictada el 15 de abril de 2004. Es decir, han transcurrido ya tres años y medio desde su proferimiento. De allí que no sea descabellado suponer que ya han sido determinadas cuáles son las acciones que han de emprenderse para cumplir con el propósito de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que esas acciones están siendo desarrolladas de manera per-

manente. Por eso, se ordenará que, a partir de la notificación de esta sentencia, el Ministro de Defensa, o el funcionario de alto nivel que él designe, presente informes quincenales a la Defensoría del Pueblo acerca de las acciones realizadas para garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de la Comunidad de Paz y de las personas que les prestan servicios. Este informe deberá incluir una evaluación de los resultados obtenidos, lo que supone que también se hará una relación de los logros alcanzados y de las fallas identificadas en punto a impedir la comisión de crímenes contra las personas señaladas. En el informe también se expresará cómo se ha procedido para dar cumplimiento a los principios y normas de derecho internacional humanitario en las actividades que realiza la Fuerza Pública en la zona.

Por otra parte, en la misma providencia T-327 de 2004 se dispuso que las medidas allí ordenadas “estarán vigentes hasta que el Estado colombiano culmine el proceso de cumplimiento de medidas cautelares ordenadas por el organismo internacional, de acuerdo con los requerimientos expuestos en la parte resolutive de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 18 de junio de 2002.” Empero, como se observará a continuación, las acciones realizadas todavía no han logrado garantizar la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz y de las personas que les prestan servicios. Por eso, debe entenderse que las órdenes impartidas en la sentencia se extenderán en el tiempo hasta que se haya logrado cumplir con el propósito de las medidas provisionales.

**La vulneración del derecho de los miembros
de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó
de ser protegidos en su vida e integridad, así como
del derecho de acceder a la justicia y conocer la verdad
sobre los crímenes de que han sido víctimas**

23. La lectura del acápite de pruebas de esta sentencia permite llegar a la conclusión de que, a pesar de los importantes esfuerzos e inversiones realizados en el corregimiento, no se ha logrado cumplir con el propósito de las medidas cautelares decretadas en distintas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ciertamente, una lectura rápida de algunas de las órdenes contenidas en la Resolución del 15 de marzo de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite deducir que el Estado colombiano está muy lejos de alcanzar el objetivo por ellas perseguido.

El objetivo fundamental de las medidas provisionales es que se “proteja] eficazmente la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó”. Los reportes sobre asesinatos que constan en el expediente dan constancia clara de que ese resultado no se ha obtenido. Así lo demuestran diversos hechos sucedidos desde el año 2005, entre los cuales se encuentran: el 21 y 22 de febrero de 2005 ocurrió la masacre en la que fue asesinado el líder de la Comunidad Luis Eduardo Guerra, junto con otras 7 personas, 3 de ellos niños; el 17 de noviembre de 2005 fue asesinado Arlén Rodrigo Salas David y herido Hernán Góez; el 26 de diciembre de 2005 fueron asesinados seis jóvenes en la vereda La Cristalina; el 12 de enero de 2006 fue asesinado Edilberto Vásquez Cardona; el 15 de marzo de 2006 fue encontrado el cuerpo de Nelly Johanna Durango, quien había desaparecido días antes. Y en el año de 2007 han sido asesinados Francisco Puerta (el 14 de mayo), Dairo Torres (el 13 de julio) y Héctor Jaime Orozco (el 18 de septiembre), los dos primeros líderes de la Comunidad de Paz, según ésta misma afirma.

Las mencionadas vulneraciones de los derechos a la vida e integridad personal dificultan, a su vez, que el Estado cumpla con el requerimiento de “asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual”.

Por otra parte, la Corte Interamericana le requirió al Estado de Colombia que le diera participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas de protección. De la misma manera, lo urgió para que, “de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, establezca un mecanismo de supervisión continua y de seguridad permanente en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la presente Resolución”. Evidentemente, estas medidas tampoco se han cumplido, puesto que no existe interlocución entre el Estado y la Comunidad de Paz, como bien lo reconocen todos los intervinientes en el proceso.

24. Ahora bien, uno de los requerimientos constantes en las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos se refiere a que el Estado colombiano “investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes, e informe sobre la situación de las personas indicadas en los puntos resolutorios anteriores”. En la Resolución del 15 de marzo de 2005, este requerimiento se particularizó para determinar que, en especial, debían investigarse los hechos relacionados con la masacre de febrero de 2005, en la cual fueron asesinados el líder de la Comunidad Luis Eduardo Guerra y otras siete personas, incluidos tres niños.

En esa ocasión también se ordenó investigar “la alegada actuación de los integrantes de la Fuerza Pública en los hechos de violencia y amenaza a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, con el fin de aplicar la ley en los términos que correspondan”.

Con el ánimo de conocer lo realizado por el Estado colombiano en torno a la investigación y sanción de los crímenes cometidos contra la Comunidad de Paz, esta Sala de Revisión dio traslado de la demanda de tutela a la Fiscalía General de la Nación y le solicitó al Vicefiscal que informara sobre el estado de los procesos adelantados por la Fiscalía que conciernen a San José de Apartadó. Inicialmente, el Vicefiscal contestó que para poder responder requería conocer más datos que permitieran ubicar las investigaciones. Por esta razón, la Sala de Revisión le envió, junto con un nuevo cuestionario, una copia de los informes presentados por el Estado colombiano a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con el tema de las investigaciones penales.

Al responder al segundo cuestionario que le fuera remitido, el Vicefiscal remitió a la Sala de Revisión un cuadro acerca de las investigaciones que adelanta la Fiscalía sobre hechos relacionados con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. El Vicefiscal advirtió, sin embargo, que su oficina no contaba con un sistema de consulta que le permitiera suministrar información precisa acerca de los procesos relacionados con violaciones de los derechos de los miembros de la Comunidad de Paz y que, dada la urgencia del requerimiento que le hizo la Sala de Revisión, la información contenida en el cuadro era parcial.

El cuadro se refiere a 93 investigaciones que adelantan distintas dependencias de la Fiscalía en relación con San José de Apartadó. Si bien el gráfico no puede mostrar todos los pormenores de los procesos —y, además, como lo había anunciado el Vicefiscal, tiene muchos vacíos de

información sobre los mismos—, sí permite llegar a algunas conclusiones preliminares. Así, el cuadro confirma cuán graves han sido los crímenes padecidos por la Comunidad. De las 93 investigaciones relacionadas, 64 se refieren a homicidios. De ellas, 45 tratan sobre la muerte de una persona, 6 sobre la muerte de 2 personas y 13 sobre la muerte de 3 o más personas.

Del cuadro también se deriva la conclusión de que las investigaciones no han avanzado como sería deseable.

...

25. Los datos atrás mencionados permiten concluir, sin duda alguna, que el Estado colombiano no ha cumplido con su deber de sancionar los delitos de que han sido víctimas los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. A pesar de la gravedad de los crímenes cometidos contra la Comunidad de Paz y de que muchos de ellos sucedieron hace ya un buen número de años, según la información remitida por la misma Fiscalía, todavía no existen condenas por esos delitos.²⁸

Además, los datos aportados por la Fiscalía acerca del estado de los procesos permiten presumir que una gran parte de ellos están condenados al olvido y a la consiguiente impunidad: muchos casos de vieja data se encuentran apenas en la etapa previa, otros muchos están suspendidos, sobre un buen número no se conoce en qué estado se encuentran y, finalmente, muchos otros parecen hallarse inactivos por causa de la remisión a otras fiscalías o del proferimiento de autos inhibitorios.

Todo lo anterior indica que, por los resultados que se observan hasta este momento, el Estado colombiano ha desconocido los derechos de acceso a la justicia y conocimiento de la verdad de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en lo que se refiere a la inves-

²⁸ Además, en el cuadro aportado por la Fiscalía solamente se encuentra un proceso en el que se dictó resolución de acusación por un delito diferente al de rebelión. Sin embargo, no escapa a la Sala de Revisión que, en enero de 2007, la Fiscalía dictó una resolución de acusación contra varios miembros de la Fuerza Pública por el asesinato de Edilberto Vásquez, ocurrido en enero de 2006. También conoce la Sala de Revisión que, en febrero de 2007, la Fiscalía llamó a indagatoria a 69 militares dentro de la investigación del asesinato del líder de la Comunidad de Paz Luis Eduardo Guerra Guerra y otras siete personas más, ocurrido en febrero de 2005. Igualmente, en los últimos días, se ha hecho pública la noticia sobre la medida de aseguramiento dictada contra un capitán del ejército, con ocasión de la misma investigación.

tigación y sanción de los hechos de que han sido víctimas durante tantos años.

26. Además del deber general del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los delitos, el Estado tiene un interés especial en que se investiguen y sancionen los crímenes cometidos contra la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Varias razones fundamentan esta afirmación. En primer lugar, porque, como se deriva de los datos expuestos por el actor y por la Fiscalía General de la Nación, los miembros de la Comunidad de Paz han sido víctimas de crímenes graves y sistemáticos durante los últimos once años.

En la demanda de tutela el actor afirma que, hasta ese momento (mayo de 2006), 175 miembros de la Comunidad habían sido asesinados. Él también anexó a la demanda un cuadro sobre las agresiones sufridas por la Comunidad, y que se transcribió en esta sentencia, en el cual se menciona que, hasta 2005, 150 personas habían sido asesinadas. Por su parte, de los datos aportados por la Fiscalía acerca de los procesos penales que adelanta en relación con la Comunidad de Paz se deriva que se investigan más de 100 homicidios. Estos números son impresionantes por sí mismos. Sin embargo, para comprender la verdadera magnitud de los crímenes y la persecución sufrida por la Comunidad es preciso tener en cuenta que, como lo dice el Ministerio de Relaciones Exteriores en su informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de julio de 2005, en el acta de fundación de la Comunidad aparecían 1.200 personas. Ello indica que, independientemente de la cifra de homicidios que se elija, la conclusión en todo caso es que ha sido asesinado un importante porcentaje de los fundadores de la Comunidad.

Evidentemente, esta situación es intolerable para un Estado que en su Constitución Política se ha comprometido con la vigencia y protección de los derechos de todas las personas. Los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó han sido perseguidos y asesinados, sin que el Estado haya hecho lo suficiente para la salvaguarda de sus derechos, y sin que los crímenes hayan sido debidamente esclarecidos, sus autores sancionados y las víctimas efectivamente protegidas en sus derechos.

En segundo lugar, la Corte Constitucional ha establecido que las medidas cautelares y las medidas provisionales decretadas por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respec-

tivamente, son vinculantes para el Estado colombiano.²⁹ Ello implica que las medidas provisionales decretadas en seis ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó obligan de manera especial al Estado colombiano a tomar medidas urgentes a favor de la Comunidad de Paz.

Como ya se indicó, entre las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó se encuentra la de investigar los hechos que dieron lugar a las medidas y juzgar y sancionar a los responsables. Sin embargo, como se manifestó, las investigaciones sobre los múltiples hechos ocurridos en San José de Apartadó no arrojan todavía resultados, a pesar de que en un alto porcentaje de los casos han transcurrido ya muchos años desde la comisión del delito.

El hecho de que el Estado colombiano haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos indica su compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para lograr la vigencia en Colombia de los derechos contemplados en la Convención. Ese compromiso obliga a todas las instituciones del Estado e implica que ellas deben procurar que todas sus actuaciones en el nivel interno sean respetuosas de los términos de la Convención, de manera que los órganos de la misma no tengan que intervenir en la decisión sobre situaciones ocurridas en el país.

Lo mismo cabe decir en relación con la Corte Penal Internacional. Al ratificar el Tratado de su creación, el Estado colombiano admitió que la Corte Penal Internacional tiene una jurisdicción complementaria, para aquellos casos en los que los tribunales nacionales fracasen, por indisposición o incapacidad, en la aplicación de justicia. Precisamente, el compromiso del Estado Colombiano es hacer todo lo posible para que no se llegue a esa situación.³⁰

²⁹ Véase al respecto las sentencias T-558 de 2003, T-786 de 2003 y T-327 de 2004.

³⁰ Por eso, en su sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional expresó: “Como principio general, el Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes deberán ejercer en primer lugar sus competencias penales contra quienes puedan ser responsables de la realización de las conductas descritas en los artículos 5 a 8 del Estatuto y se encuentren en su territorio. Sin embargo, cuando un Estado Parte del Estatuto se niegue (indisposición) o no pueda (incapacidad) investigar o enjuiciar a estas personas, la Corte Penal Internacional puede hacerlo. Por eso, se entiende que la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

27. En relación con los hechos sucedidos en San José de Apartadó es evidente que el Estado no ha hecho lo suficiente para impedir que la Comunidad haya sido víctima de tantos crímenes. Faltar al deber de protección es muy grave. Pero igualmente grave es la falta de resultados en las investigaciones penales iniciadas con ocasión de esos crímenes. Por eso, la Corte Constitucional dictará a continuación una serie de órdenes, con el objeto de hacer respetar el derecho de los miembros de esa Comunidad a acceder a la justicia y conocer la verdad sobre los crímenes, así como de obtener reparación integral.

Así, en primer lugar, es necesario que la Fiscalía General de la Nación realice un inventario cuidadoso, completo, preciso y actualizado acerca de los crímenes que han afectado a la Comunidad de Paz, identificando con nombre propio a cada una de las víctimas.. Para ello puede hacer uso de la base de datos elaborada por la misma Comunidad, si ésta acepta entregar dicha información. Con base en este resultado, la Fiscalía deberá (i) establecer cuál es el estado actual de todos los procesos penales que se adelantan con ocasión de los crímenes cometidos contra miembros de la Comunidad de Paz o personas que le prestaban servicios. Esta labor incluye conocer el número total de procesos, cuáles son las fiscalías que adelantan las investigaciones, cuáles son las últimas actuaciones adelantadas y en qué fecha ocurrieron los crímenes; (ii) establecer qué crímenes aún no están siendo objeto de persecución criminal, para abrir los respectivos procesos; (iii) identificar las investigaciones estancadas, para impulsarlas; y (iv) definir prioridades, de tal manera que los principales responsables de los crímenes más graves sean efectivamente sancionados. Un informe sobre estas actividades debe ser enviado a la Sala de Revisión y a la Defensoría del Pueblo a más tardar el día primero de marzo de 2008.

En segundo lugar, es necesario que la Fiscalía establezca los procesos que adelanta la justicia penal militar por causa de crímenes de los que hayan sido víctimas los miembros de la Comunidad de Paz o las personas que les prestan servicios y decida en cuáles casos, de acuerdo con las normas penales vigentes y la jurisprudencia de esta Corporación, debe proponer colisión de competencia para que la Fiscalía pueda asumir la investigación correspondiente. También deberá establecer cuál ha sido el destino de los procesos en los que la Fiscalía ha dictado resolución de acusación y enviado el proceso a los jueces penales competentes. Sobre el

resultado de estas actividades se debe enviar un informe a la Sala de Revisión y a la Defensoría del Pueblo a más tardar el día primero de marzo de 2008.

Por otra parte, en el acápite de pruebas de esta sentencia se puede apreciar que la Fiscalía ha tenido distintos conflictos con la Comunidad de Paz acerca del manejo de las investigaciones penales. Así, la Comunidad ha solicitado que todas las investigaciones relacionadas con San José de Apartadó se centralicen en la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía o se pongan a cargo de una unidad determinada. De la misma manera, ha solicitado que se conforme una comisión de evaluación sobre el avance de los procesos, e incluso ha pedido que se conforme una comisión de la verdad sobre lo ocurrido en San José de Apartadó. Todas estas solicitudes han sido denegadas por la Fiscalía.

No le corresponde a la Sala de Revisión establecer cuál es la mejor manera de lograr que avancen las investigaciones penales por los crímenes de que han sido víctimas los miembros de la Comunidad de Paz y las personas que les prestan servicios. Las decisiones al respecto le conciernen a la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, dada la trascendencia de estos procesos en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia y a la vigencia del Estado de Derecho en la zona de San José de Apartadó, es necesario que la Fiscalía le conceda prioridad a estas investigaciones y que se establezca un mecanismo para supervisar los avances de las mismas.

Lo anterior exige que un funcionario de alto nivel de la Fiscalía General de la Nación tenga bajo su responsabilidad el impulso general de todos los procesos relacionados con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Ello garantiza que para el desarrollo de las investigaciones se cuente con el personal necesario y con la colaboración efectiva de la policía judicial, de la Fuerza Pública y de las demás instituciones. La Sala de Revisión considera que ese funcionario debe ser designado por el Fiscal General de la Nación. Dicho funcionario deberá enviar los informes ordenados en la presente sentencia. Si dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia no ha sido designado el funcionario responsable, la Sala entenderá que el propio Fiscal General de la Nación decidió asumir directamente esa responsabilidad. Además, a partir del día primero de marzo de 2008, el funcionario indicado le informará men-

sualmente a la Defensoría del Pueblo acerca de las actividades y avances realizados en cada uno de los procesos penales que se adelanten en relación con los crímenes cometidos contra los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó o las personas que les prestan servicios.

28. Del acápite de pruebas se deduce que una de las dificultades fundamentales para el avance de los procesos penales consiste en la desconfianza profunda y recíproca que existe entre las instituciones y los miembros de la Comunidad de Paz.

Así, muchos fiscales se quejan de que los integrantes de la Comunidad son renuentes a ratificar sus denuncias, a rendir testimonios o a facilitar la realización de inspecciones judiciales, con lo cual entorpecen el desarrollo de las investigaciones. También expresan que en ocasiones les llegan solicitudes desde el extranjero para que informen sobre algunos casos de los cuales no tienen noticia, por cuanto la Comunidad ha optado por ignorar las autoridades nacionales, para pasar a denunciar los hechos ante entidades internacionales. Por su parte, el actor manifiesta que los cientos de declaraciones rendidas por los pobladores de la zona “sólo han servido para que muchos de los declarantes sean asesinados, perseguidos, amenazados o desplazados, pero jamás para que los culpables sean sancionados ni las víctimas reparadas”. Él manifiesta también que no tiene confianza alguna en la justicia nacional y que por eso han descartado presentar denuncias ante las instituciones nacionales.

No puede negarse que los miembros de la Comunidad de Paz tienen suficientes motivos para desconfiar de las instituciones nacionales. Son muchos los crímenes de los que han sido víctimas, sin que exista constancia alguna en el expediente acerca de que los responsables hayan sido sancionados.

A pesar de lo anterior, es evidente que el avance de los procesos requiere de la ayuda de los miembros de la Comunidad de Paz que puedan aportar datos sobre los delitos comunes. Para poder llegar a establecer la verdad sobre los hechos constitutivos de los crímenes y sus responsables se requiere que los miembros de la Comunidad aporten información útil para las investigaciones. Sin embargo, esta ayuda debe ser voluntaria, amparada por una protección efectiva, no generar retaliaciones y obede-

cer a un nuevo clima de confianza, algo que esta Sala de Revisión sabe que es difícil de construir.

29. La Comunidad de Paz, como ya se ha dicho, decepcionada de los pobres resultados obtenidos en materia de justicia, decidió no prestar más su apoyo en las investigaciones judiciales. Todo indica que ella confía poder obtener justicia en los tribunales internacionales. No le corresponde a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la pertinencia de las demandas presentadas ante esos tribunales internacionales. Sin embargo, sí considera necesario recordar que, independientemente de cuál opción seleccione la Comunidad de Paz, en todos los casos la labor de la Fiscalía General de la Nación de Colombia será esencial para el esclarecimiento de los crímenes de que ha sido víctima.

Así, la Comunidad de Paz puede decidirse a impulsar el proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pero en este caso, si la Corte Interamericana decide declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano, en lo referido a los procesos penales la sentencia ordenará que el Estado los impulse para establecer la verdad sobre los hechos y sancionar a los responsables. Esto indica que la Fiscalía General de la Nación cumpliría en ese proceso un papel fundamental.³¹

La Comunidad de Paz puede también optar por acudir ante la Corte Penal Internacional. Sobre esta decisión vale la pena resaltar tres puntos. Los dos primeros resaltan nuevamente el papel fundamental que desempeñará la Fiscalía General de la Nación en el esclarecimiento de los crímenes. El último se refiere a la importancia que tiene la ayuda que prestan las víctimas en la investigación y sanción de los crímenes para determinar en cada caso concreto cuál es el plazo razonable para iniciar y culminar las investigaciones.

En primer lugar es necesario mencionar que las experiencias internacionales en materia de juzgamiento de crímenes permiten observar que

³¹ Así, por ejemplo, en la parte resolutive de su sentencia de mayo de 2007 sobre el caso de la Masacre de La Rochela, la Corte dijo acerca de las investigaciones penales: “9. El Estado debe, en un plazo razonable, conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir, y debe adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de los hechos del presente caso, en aras de determinar la responsabilidad de quienes participaron en dichas violaciones, en los términos de los párrafos 287 a 295 de la presente Sentencia. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso”.

esos juicios se concentran en unas pocas personas, en casos emblemáticos, dadas las dificultades que afrontan los tribunales internacionales para adelantar un alto número de procesos.³²

En segundo lugar, considera la Sala de Revisión que es necesario advertir que el desarrollo de los procesos ante la Corte Penal Internacional se basa también en la idea de que los Estados —y, por lo tanto, las Fiscalías nacionales— cooperen con el desarrollo de la investigación. Así, en los literales c) y d) del artículo 54 se establece que el Fiscal de la Corte Penal Internacional podrá solicitar “la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental” y “[c]oncertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona.” Y más adelante, el artículo 86, ubicado dentro de la Parte IX y titulado “Obligación general de cooperar”, establece que “[l]os Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

Es por eso que en la sentencia C-578 de 2002, ya mencionada, la Corte Constitucional expresó que “es necesario que existan los mecanismos jurídicos y logísticos que permitan la labor del Fiscal [de la Corte Penal Internacional) en consuno con las autoridades locales de un Estado determinado. En el caso colombiano la estructuración de este sistema de colaboración y complementación concuerda con las responsabilidades que se le encomiendan a todas las autoridades para que sirvan a la comunidad (artículo 1 CP) y convierten la administración de justicia en un servicio público permanente e independiente (artículo 229 CP) que permite establecer con certeza los hechos que dieron origen a las actuaciones de la Corte Penal y ayuden a esclarecerlos”.³³

³² En este sentido, el art. 53.(2).(c) del Estatuto de Roma contempla que el Fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad para determinar si inicia la investigación, si observa que “c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”.

³³ En la misma sentencia se expresó al respecto: “Uno de los principios sobre los que se estructura la jurisdicción reconocida por los Estados Partes en el Estatuto de Roma está expresado en la obligación general de cooperar. Esto quiere decir que los Estados firmantes del Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto, “cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y los enjuiciamiento de los crímenes de su

Finalmente, como ya se ha señalado, en el mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” (art. 1), lo que supone que uno de los puntos fundamentales dentro de los procesos que se sigan ante ella es el de la admisibilidad. En este sentido, el artículo 17 del estatuto establece que entre los casos en los que se declarará la inadmisibilidad de un asunto se encuentra el de que esté siendo o haya sido objeto de una investigación o enjuiciamiento por el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que se pueda observar que ese Estado “no est[á] dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pued[e] realmente hacerlo”.³⁴

Luego, el mismo artículo dispone que para determinar si hay disposición para actuar por parte del Estado se tendrá en cuenta si el proceso o la decisión tuvo o tiene por propósito sustraer a la persona de la responsabilidad penal por los crímenes de competencia de la Corte, si el juicio

competencia” (...) //Un régimen de cooperación establecido en estos términos es fundamental para el diseño y funcionamiento de la Corte Penal Internacional. El papel que desarrolla el Fiscal al llevar a cabo parte de su investigación en el territorio de un Estado, con la necesaria aquiescencia del mismo, es central para crear un sistema que garantice la real administración de justicia en la que confían las víctimas de los crímenes de competencia de la Corte —en clara extensión del artículo 229 CP— y la comunidad internacional en general —Preámbulo del Estatuto de Roma— y hace parte de un conjunto de instrumentos que, al mismo tiempo que garantizan la capacidad de castigar atrocidades, respetan las prerrogativas de cada Estado, incluyendo su competencia para procesar a los responsables de los crímenes que delimitan materialmente el ámbito de acción de la Corte Penal Internacional”.

³⁴ Dice el numeral 1 del artículo 17: “Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad

“1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

“a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

“b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

“c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

“d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

ha tenido una demora injustificada o si el proceso no fue o no está siendo sustanciado de manera independiente e imparcial.³⁵

Para la situación que aquí se analiza es importante referirse al punto de la demora injustificada en la tramitación del proceso penal. Al respecto es pertinente recordar que en la jurisprudencia internacional de derechos humanos se ha resaltado la importancia del apoyo de las víctimas, dentro de la protección a las salvaguardas debidas, a las labores de investigación criminal dirigidas a obtener la verdad y la justicia. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido de manera reiterada que para determinar si un proceso penal se ha adelantado dentro de un plazo razonable es fundamental establecer el interés mostrado por las víctimas en el desarrollo del proceso. Eso significa que la falta de participación de las víctimas en las investigaciones es tomada en cuenta para determinar, en cada caso concreto, si un proceso penal ha cumplido con el precepto de adelantarse en un “plazo razonable” de duración de un proceso penal. Precisamente, en la sentencia de fondo dictada dentro del proceso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, del 29 de enero de 1997, sentencia en la que se creó esa línea jurisprudencial acerca del plazo razonable, dijo la Corte Interamericana:

³⁵ Dicen así los numerales 2 y 3 del artículo 17 del Estatuto:

“2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

“a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

“b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

“c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

“3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

“77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisar los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; **b) la actividad procesal del interesado**; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991*, Series A no. 195-A, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993*, Series A no. 262, párr. 30)” (negrilla y subraya no originales).

**Anotación final: la necesidad de construir
una confianza mínima entre la Comunidad
de Paz y las instituciones**

30. Como se ha indicado, una de las grandes dificultades que afronta todo el proceso relacionado con la Comunidad de Paz de San José de Apartadó es el de la desconfianza recíproca que existe entre la Comunidad y las instituciones. De allí que no se haya podido dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que era necesario concertar acciones entre las autoridades y la Comunidad de Paz.

El Comandante de la Brigada XVII reconoce que todas las acciones que ha adelantado han sido “el producto de una decisión unilateral del Comando de la Brigada, que no el resultado de la concertación con los beneficiarios y peticionarios de las medidas provisionales, como lo exigen en sus providencias la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Y formula la siguiente pregunta: “¿cómo puedo ser el garante de los derechos fundamentales de un colectivo, en este caso la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, cuando sus dirigentes y representantes se niegan a hablar con el Comandante de la Decimoséptima Brigada del Ejército?”

Como ya se expresó anteriormente, es comprensible la desconfianza de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó con respecto a las instituciones estatales. La serie ininterrumpida de delitos de los que ha sido víctima, sin que las investigaciones penales muestren avances relevantes

y, por lo tanto, sin que se haya sancionado los responsables, explica ese recelo. Empero, esta actitud de prevención ha conducido a la Comunidad de Paz a trazar un rumbo de antagonismo decidido con las instituciones estatales, que la ha llevado incluso a distanciarse de la Defensoría del Pueblo en el último tiempo. En vista del número de víctimas que ha sufrido la Comunidad y de las dificultades que afronta, surge la pregunta acerca de si el curso que ha escogido es el más adecuado para garantizar los derechos y el bienestar de sus miembros.

La Sala de Revisión quiere llamar la atención acerca de la necesidad de crear puntos de aproximación entre las instituciones y la Comunidad de Paz, de manera que puedan aplicarse las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Sentencia T-327 de 2004. Ciertamente, la generación de niveles mínimos de confianza permitiría que se concertaran las medidas de protección decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como ella misma lo ordena. En este sentido es importante destacar que el primer responsable de tomar medidas para generar confianza es el Estado y no la Comunidad de Paz. Una razón más para instar a la Defensoría del Pueblo a promover activamente medidas de construcción de confianza.

Desde la óptica de las instituciones, ese acercamiento se requiere para poder cumplir con su responsabilidad constitucional y legal de garantizarle a los miembros de la Comunidad el goce de sus derechos. Y desde la perspectiva de la Comunidad de Paz porque, por paradójico que pueda parecer, la vigencia de los derechos de sus miembros depende de la manera en que logre articularse con las instituciones del Estado. Esto exige, a su vez, que las instituciones colombianas comprendan que su papel en la zona es el de proteger los derechos y libertades de todas las personas, incluidos los miembros de la Comunidad de Paz. Este entendimiento acerca de su misión en la región es el que debe guiar todas las decisiones y acciones que realicen allí.

Así, de conformidad con la Constitución la Fuerza Pública puede hacer presencia y actuar en la zona. Sin embargo, es imperioso que la actividad de la Fuerza Pública en la zona se ajuste estrictamente al derecho internacional humanitario, especialmente en lo que tiene que ver con el principio de distinción y con el deber de evitar poner en peligro a la población civil. Ello implica, por ejemplo, que al planearse la ubicación de los puestos de policía se debe tener siempre en cuenta si ello genera un

amenaza grave e inminente para la vida e integridad de las personas que la Fuerza Pública está obligada a proteger.³⁶

Evidentemente, dada su misión constitucional, la institución más llamada a propiciar el acercamiento y entendimiento entre las instituciones y la Comunidad de Paz de San José de Apartadó es la Defensoría del Pueblo. Por eso, se le instará para que tome las medidas y disponga el personal necesario para cumplir esa tarea. Dentro de las labores que habrá de asumir se encuentra la de atender las quejas que presentó el actor a través de memoriales enviados a la Sala de Revisión, acerca de los procesos penales adelantados en el último tiempo contra miembros de la Comunidad de Paz y de la estigmatización de los mismos dentro de los cursos de formación de los oficiales del Ejército y en los procedimientos que adelanta la SIJIN.

³⁶ Al respecto es importante tener en cuenta que la misma Corte Constitucional ha establecido que en algunos casos especiales se puede ordenar a través de una acción de tutela el traslado de un puesto de policía, cuando su ubicación genera una amenaza grave e inminente para las personas. En la sentencia T-1206 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se expresó sobre la ubicación de los puestos de policía: “E[1] acaecimiento de una situación de violencia generalizada en algunos municipios del país pone de presente un cambio de circunstancias que lleva a la necesidad de cuestionar los esquemas tradicionales de planeación, diseñados para situaciones en las cuales la magnitud de la violencia puede ser contrarrestada mediante la sola actividad de la policía. En tales circunstancias de relativa tranquilidad, la cercanía a una estación de policía representa una garantía adicional para los administrados en las condiciones de prestación del servicio, aunque, de todos modos, los vecinos a las estaciones están expuestos a algunos riesgos. Sin embargo, en circunstancias de violencia sistemática, dirigida -entre otras- contra la policía, esta misma cercanía se traduce en un aumento ostensible del riesgo al que está expuesta la población civil. Es necesario entonces, que la planeación y la administración del servicio de policía consideren también el aumento del riesgo que supone esta situación de violencia sobreviniente para los vecinos de las estaciones, cumpliendo de ese modo con el deber general de protección de la población civil y de las personas civiles, que establece el primer inciso del artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.” De la misma manera, en la sentencia T-165 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería, se resumió la jurisprudencia de la Corte sobre este punto así: “ (...) según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la procedencia de la tutela para ordenar el cambio de sedes de las dependencias de la Fuerza Pública está supeditada a la existencia de una amenaza grave e inminente para la vida o la integridad del accionante, y a que éste se encuentre en una particular situación de vulnerabilidad con relación a la generalidad de las personas que impida exigirle razonablemente el mismo grado de cumplimiento de los deberes constitucionales, especialmente los de solidaridad y de apoyo a las autoridades legítimamente constituidas”.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

...

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 23 de junio de 2006, mediante la cual se negó la acción de tutela presentada por Javier Giraldo Moreno contra el Ministerio de Defensa. En su lugar se concede la tutela impetrada por violación tanto del derecho de acceso a la información que reposa en el Estado, como por violación del derecho de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

Tercero.- ORDENAR al Ministerio de Defensa que suministre la información solicitada, y, por lo tanto, indique los nombres de los integrantes de la fuerza pública que se encontraban en los lugares y momentos señalados por el peticionario, así como sus códigos institucionales, las unidades a las cuales están adscritos y su línea de mando. Si el Ministerio lo considera necesario podrá hacer una aclaración expresa en el mismo documento contentivo de la relación de los nombres y demás datos solicitados, acerca de que la revelación de esa información no entraña sospecha, señalamiento ni reconocimiento alguno sobre la participación de tales servidores públicos en actividades delictivas.

Cuarto.- EXTENDER la vigencia de las órdenes impartidas en la Sentencia T-327 de 2004 de esta Corporación hasta que se haya logrado cumplir con el propósito de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con miras a garantizar la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz y de las personas que les prestan servicios.

Quinto.- ORDENAR al Ministro de Defensa, o al funcionario de alto nivel que él designe, que, a partir de la notificación de esta sentencia, presente informes quincenales a la Defensoría del Pueblo acerca de las acciones realizadas para garantizar los derechos a la vida e integridad

personal de los miembros de la Comunidad de Paz y de las personas que les prestan servicios. Este informe deberá incluir una evaluación de los resultados obtenidos, lo que supone que también se hará una relación de los logros alcanzados y de las fallas identificadas en punto a impedir la comisión de crímenes contra las personas mencionadas. En el informe también se expresará cómo se ha procedido para dar cumplimiento a los principios y normas de derecho internacional humanitario en las actividades que realiza la Fuerza Pública en la zona.

Sexto.- ORDENAR al Fiscal General de la Nación que, por sí mismo o a través del funcionario que determine, realice un inventario cuidadoso, completo, preciso y actualizado sobre los crímenes que han afectado a la Comunidad de Paz, identificando con nombre propio a cada una de las víctimas. Con base en este resultado, la Fiscalía deberá (i) establecer cuál es el estado actual de todos los procesos penales que se adelantan con ocasión de los crímenes cometidos contra miembros de la Comunidad de Paz o personas que le prestaban servicios. Esta labor incluye conocer el número total de procesos, cuáles son las fiscalías que adelantan las investigaciones, cuáles son las últimas actuaciones adelantadas y en qué fecha ocurrieron los crímenes; (ii) establecer qué crímenes aún no están siendo objeto de persecución criminal, para abrir los respectivos procesos; (iii) identificar las investigaciones estancadas, para impulsarlas; y (iv) definir prioridades, de tal manera que los principales responsables de los crímenes más graves sean efectivamente sancionados. Un informe sobre estas actividades debe ser enviado a la Sala de Revisión y a la Defensoría del Pueblo a más tardar el día primero de marzo de 2008.

Séptimo.- ORDENAR al Fiscal General de la Nación que, por sí mismo o a través del funcionario que determine, establezca los procesos que adelanta la justicia penal militar por causa de crímenes de los que hayan sido víctimas los miembros de la Comunidad de Paz o las personas que les prestan servicios y decida en cuáles casos, de acuerdo con las normas penales vigentes y la jurisprudencia de esta Corporación, debe proponer colisión de competencia para que la Fiscalía pueda asumir la investigación correspondiente. También deberá establecer cuál ha sido el destino de los procesos en los que la Fiscalía ha dictado resolución de acusación y enviado el proceso a los jueces penales competentes. Sobre el resultado de estas actividades se debe enviar un informe a la Sala de Revisión y a la Defensoría del Pueblo a más tardar el día primero de marzo de 2008.

Octavo.- ORDENAR al Fiscal General de la Nación que, por sí mismo o a través del funcionario que determino, que, cada mes, a partir del día primero de marzo de 2008, le informe a la Defensoría del Pueblo acerca de las actividades y los avances realizados en cada uno de los procesos penales que se adelanten en relación con los crímenes cometidos contra los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó o las personas que les prestan servicios.

Noveno.- INSTAR a la Defensoría del Pueblo para que disponga las medidas y el personal necesario para propiciar la construcción de la confianza mínima necesaria entre las instituciones y la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, con miras a facilitar el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia y en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contentivas de medidas provisionales.

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD

Sinopsis: La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México dictó una sentencia de amparo mediante la cual, entre otros, analizó la constitucionalidad de las restricciones que el legislador puede imponer para el ejercicio de la profesión médica, en el caso particular, en el ámbito de la cirugía estética y plástica, con relación al derecho a la salud de los destinatarios de esos servicios. El amparo se solicitó con fundamento en una reforma a la Ley General de Salud mediante la cual se introdujeron como requisitos para realizar cirugías estéticas y cosméticas, la posesión de un certificado de especialidad médica y la autorización de la Secretaría de Salud lo cual, en concepto de la quejosa, era violatorio del libre ejercicio de la medicina. La Corte determinó que la protección del derecho a la salud también depende de la forma como se regulen las condiciones de acceso a los servicios médicos y de todas las características que incidan en su calidad. Aplicando un *test* de proporcionalidad, decidió que las restricciones al ejercicio de la profesión médica son válidas si tienen como fin, además de otros, establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología a fin de garantizar el derecho a la salud y el deber del Estado de asegurar la prestación de servicios de salud de calidad. En este sentido, la Suprema Corte reafirmó la preferencia del derecho a la salud sobre la libertad de la profesión médica en la medida en que las restricciones impuestas para su ejercicio resulten menos gravosas en comparación con la protección de la salud. Con base en lo anterior, en el caso concreto negó el amparo solicitado al considerar que las restricciones estudiadas son válidas al garantizar de manera equilibrada el derecho al trabajo y el derecho a la salud. Para la determinación del contenido de este derecho, de las obligaciones a cargo de los Estados para su garantía y de las restricciones posibles al ejercicio de la profesión médica, la Suprema Corte de Justicia se remitió, entre otros, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Econó-

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

micos, Sociales y Culturales, y al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Asimismo, se refirió a diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* y *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, y en la Opinión Consultiva OC-5/85 “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14 “El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud”.

Synopsis: *The Supreme Court of Justice of Mexico delivered an amparo judgment through which, among other things, it analyzed the constitutionality of the restrictions that the legislator may imposed on the practice of medicine, specifically, in the field of cosmetic and plastic surgery, in relation to the right to health of every recipient of these services. The amparo was requested in accordance with an amendment of the General Health Act by which certain requirements were included in order to perform cosmetic and plastic surgeries, namely, having a medical specialty certificate and an authorization from the Health Department which, according to the complainant, was in violation of the free practice of medicine. The Court decided that the protection of the right to health also depends on the way the conditions to access the medical care services are regulated and on all the features that have a bearing on its quality. By applying a proportionality test, the Court decided that the restrictions to the practice of medicine are valid if they aim at, besides other things, creating regulations or controls in order for health care providers to satisfy the necessary conditions of training, education, experience and technology to ensure the right to health and the State’s duty to guarantee the provision of quality health care services. In this sense, the Supreme Court gave priority to the right to health over the free practice of medicine insofar as the restrictions imposed for its exercise are less severe in comparison to the protection of health. Based on the foregoing, in that specific case, it denied the writ of amparo so requested after considering that the restrictions studied are valid to evenly guarantee the right to work and the right to health. In order to determine the content of this right, of the States’ duties to guarantee such rights and the possible restrictions to the exercise of the medical profession, the Supreme Court of Justice referred to, among other, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and to the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of*

Economic, Social and Cultural Rights “Protocol of San Salvador”. Furthermore, the Court made reference to several criteria exposed by the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Ximenes Lopes V Brazil and Albán Cornejo et al V Ecuador and in the Advisory Opinion OC-5/85 “Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (articles 13 and 19 of the American Convention on Human Rights)” as well as the General Comment N° 14, “The right to the highest attainable standard of health” of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN DE MÉXICO

AMPARO EN REVISIÓN 173/2008 INTERPUESTO

POR YARITZA LISSETE RESÉNDIZ ESTRADA
SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2008

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día **treinta de abril de dos mil ocho**.

VISTOS; para resolver los autos del amparo en revisión número 173/2008; y

RESULTANDO QUE:

PRIMERO. Presentación de la demanda. Por escrito presentado el veintisiete de julio de dos mil siete, ante la Oficina de Correspondencia Común adscrita a los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco, **Yaritza Lissete Reséndiz Estrada**, por su propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal ...

ACTOS RECLAMADOS:

1. El segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diecinueve de junio de 2007.
2. El segundo párrafo del artículo 81 de la Ley General de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el doce de enero de dos mil seis.
3. El Reglamento emitido por el Secretario de Salud que regula el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud.
4. Las medidas tomadas por el Secretario de Salud para aplicar las anteriores disposiciones, consistentes en impedirle ejercer la profesión de médico cirujano en lo referente a las cirugías estéticas y cosméticas, relacionadas con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y cuerpo, a través de la instrumentación de sanciones tales como arresto, amonestación o multa.

SEGUNDO. Preceptos constitucionales que se estiman violados. La parte quejosa señaló como garantías individuales violadas en su per-

juicio las consagradas en los artículos 5º, 13, 14, 16, 28, 73, 115, 121, 122, inciso a) y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ...

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Competencia. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer del presente recurso de revisión, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo; 21, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y conforme a lo previsto en el punto cuarto, en relación con el tercero, fracción II, y cuarto del Acuerdo General Plenario 5/2001, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de junio de dos mil uno, en virtud de que el recurso de revisión se interpuso en contra de una sentencia dictada por una Juez de Distrito en la audiencia constitucional de un juicio de amparo, en el que se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 271, segundo párrafo y 81, segundo párrafo de la Ley General de Salud, en el que no resulta necesaria la intervención del Tribunal Pleno.

...

TERCERO. Cuestiones necesarias para resolver el asunto.

1. Hechos. La parte quejosa en el presente asunto obtuvo cédula profesional expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, el once de abril de dos mil cinco, con efectos de patente para ejercer profesionalmente en el nivel de licenciatura como médico.

La parte recurrente afirma que, desde que obtuvo esta habilitación, ha realizado cirugías estéticas y cosméticas relacionadas con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara o cuerpo y que, para la realización de estos procedimientos médicos, no necesitaba la autorización de ninguna autoridad sanitaria federal, sino la sola titularidad de su cédula profesional.

Sin embargo, señala que a partir de la reforma realizada al segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diecinueve de junio de dos mil siete, por ministerio de ley requiere además de la titularidad de su patente profesional,

la autorización de la Secretaría de Salud, quien tomará en cuenta la certificación de la especialidad médica respectiva registrada por las autoridades educativas.

El amparo interpuesto por la quejosa tiene el propósito de impugnar el mecanismo legal por el cual, desde la entrada en vigor de la mencionada reforma legal, la realización de los procedimientos quirúrgicos arriba señalados quedan reservados para quienes satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 271 de la Ley General de Salud.

...

3. Conceptos de violación. En sus conceptos de violación, la parte quejosa argumenta en esencia lo siguiente:

1. El segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud viola la garantía de libertad de trabajo, contenida en el artículo 5o. constitucional.

Lo anterior, toda vez que el artículo impugnado exige a la parte quejosa, en su carácter de médico cirujano, para ejercer su profesión tener la autorización de la Secretaría de Salud. Afirma que el actual esquema legal produce que su actividad profesional consistente en la realización de procedimientos de cirugía estética y cosmética, vinculados con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo, quede al arbitrio de esta autoridad sanitaria, a pesar de que previamente haya reunido todos los requisitos exigidos por la autoridad educativa, por estar en manos de ésta otorgar la autorización para realizar dichas actividades.

Argumenta que el artículo 5o. constitucional establece que a ninguna persona se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que determine, siempre y cuando sea lícita y que esta disposición constitucional es vulnerada por el segundo párrafo del artículo 271, dado que le impide realizar libremente su actividad laboral. En su opinión, dicha norma legal produce que su actividad médica, que es practicada en los procedimientos y cirugías estéticas y cosméticas, se convierta en ilícita si no se cuenta con la autorización de la Secretaría de Salud.

En opinión de la parte quejosa, el precepto legal impugnado es inconstitucional también desde la perspectiva de las facultades de la autoridad sanitaria, pues señala que la Secretaría de Salud no tiene dentro de su esfera de competencias la referida a la regulación de las profesiones.

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

La quejosa fundamenta su afirmación alegando que el artículo 5o. constitucional, establece que es facultad de las entidades federativas determinar cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones para su obtención y las autoridades facultadas para su expedición y, concluye, que el artículo impugnado viola esta distribución competencial, dado que obliga a un profesional de la salud a obtener una autorización especial de la Secretaría de Salud para ejercer un específico tipo de actividades de su carrera.

Señala que el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece el listado de las facultades que corresponde ejercer a la Secretaría de Salud, de la cual afirma no se desprende que ésta tenga aquella que le inviste el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, esto es, autorizar las profesiones que puedan realizar determinadas actividades profesionales. Por tanto, al ser los Congresos de los Estados y no la Federación la facultada para regular en materia de profesiones, señala que el artículo impugnado viola el artículo 5o. constitucional.

La quejosa también apoya esta afirmación en el hecho de que el artículo 73 de la Constitución Federal, que establece el listado de las facultades del Congreso de la Unión, no contiene alguna que se refiera a la materia de profesiones.

Argumenta que bajo los alcances de la libertad de trabajo, contenida en el artículo 5o. constitucional, es claro que el único requisito que debe cumplir para la práctica profesional de la medicina es contar con el título respectivo y que, por tanto, debe considerarse injustificado, desde la perspectiva de esta garantía individual, exigir a los ciudadanos acreditar ante la autoridad administrativa estudios adicionales a los de licenciatura.

Insiste en su afirmación de que la Secretaría de Salud, no es la autoridad educativa para determinar qué tipo de profesionales de la salud están capacitados o no para la práctica de los procedimientos médicos a los que se refiere el artículo impugnado, al pertenecer este aspecto a la esfera competencial de la autoridad educativa.

...

La quejosa señala que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, establece que los procedimientos médicos mencionados sólo los podrán realizar aquellos profesionales de la salud en los términos del artículo 81 de dicha Ley, que se refiere al registro de especiali-

dades. Por un lado, la quejosa alega que no existe una Ley de profesiones que prescriba que este tipo de procedimientos médicos sólo puedan ser realizados por profesionales con especialidad y, por el otro, alega que el citado artículo 81 no especifica qué tipo de especialidad es necesaria para esa práctica médica. Asimismo puntualiza, que el segundo párrafo del artículo 271 sólo hace mención a los “profesionales de la salud”, categoría que no sólo abarca a los médicos, que cuentan con cédula profesional, sino también aquellas categorías de personas relacionadas con esta profesión, por ejemplo, enfermeros, por lo que, afirma, es clara la vaguedad del contenido normativo del citado artículo 81.

2. En segundo lugar, la parte quejosa señala que el artículo 271 de la Ley General de Salud, transgrede el artículo 13 de la Constitución Federal. Lo anterior, toda vez que viola la prescripción según la cual a ninguna ley se le debe dar efectos privativos. En su opinión, la norma impugnada no reúne las cualidades de generalidad, abstracción e impersonalidad que necesariamente deben reunir las leyes en nuestro país, pues “en lugar de establecer una determinada autorización para todos los médicos, sólo lo hace para aquellos que practicamos cirugías estéticas y cosméticas, relacionadas con cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo”.

La quejosa sostiene que el artículo impugnado viola el artículo 13 constitucional, pues establece un contenido normativo que sólo constriñe a los médicos que realizan ciertas cirugías y no a todos.

3. La quejosa afirma que el artículo 271 de la Ley General de Salud viola el artículo 14 constitucional, porque afirma que establece una prescripción que viola la prohibición de retroactividad que consagra la norma constitucional.

Ello es así, pues afirma que cuando obtuvo su cédula profesional, que se constituye como una patente para el ejercicio de la profesión médica, no existía ningún requisito legal adicional que tuviera que satisfacer para la realización de los procedimientos médicos pormenorizados en la norma legal impugnada. Por tanto, dado que dicho artículo impone el requisito de la obtención de la autorización de la Secretaría de Salud que anteriormente no requería para su desempeño profesional, afirma que se viola en su perjuicio el principio de no retroactividad.

Por otra parte, señala que también se viola esta norma constitucional porque el artículo 271 de la Ley General de Salud, permite a la autoridad

administrativa privarlo de su derecho de ejercer libremente su profesión, sin mediar un juicio previo ante los tribunales competentes, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

4. Desde la óptica de la quejosa, el artículo 271 de la Ley General de Salud también viola el artículo 16 de la Constitución Federal. Afirma que se le priva del derecho de ejercer su profesión de médico cirujano con toda amplitud, al obligársele a obtener una licencia de la Secretaría de Salud, que no es apta para señalar a qué tipo de procedimientos especializados pueden dedicarse los médicos. Señala el hecho de que esta Secretaría de Estado no es la que expidió su patente, que la habilita en los más amplios términos para la realización de sus actividades profesionales.

En su opinión, resulta absurda la disposición a la que remite el artículo impugnado, esto es, el artículo 81 de la Ley General de Salud, según la cual las autoridades sanitarias, tratándose del registro de certificados de especialidades médicas o de la recertificación de éstas, deban solicitar la opinión del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas. Lo anterior, porque por un lado, esta institución no es una autoridad pública, y por otro, afirma que no existe disposición jurídica que lo faculte a emitir tales opiniones.

5. La quejosa argumenta que el mecanismo establecido en el artículo 271 de la Ley General de Salud, viola el artículo 28 de la Constitución Federal, porque autoriza el monopolio del registro de certificados de especialidades o del registro de recertificación de éstas en las manos del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas.

Insiste en que se trata de un ente privado y no de una autoridad pública, respecto de la cual no existe una base normativa por la cual pueda conocer su objeto, sus ingresos o su tipo de administración. Además, señala que la norma impugnada no especifica las razones que llevaron a la ley a contemplar a esta institución, como parte del proceso de autorización que corresponde otorgar a la Secretaría de Salud y no otra. Afirma que al estar el registro de especialidades en el ámbito de decisión de esta institución privada, es claro que se constituye en un agente que monopoliza el campo de la cirugía estética y cosmética en el país.

Alega que la reforma legal impugnada, sólo provocará el alza en el precio de los procedimientos médicos que requieren la autorización de la

Secretaría de Salud, ya que se acaparará en pocas manos la realización de los mismos, lo cual viola, en su opinión, la libre concurrencia y la competencia entre sí.

Finalmente, la quejosa argumenta que por las mismas razones formuladas a lo largo de sus conceptos de violación, el artículo 81 de la Ley General de Salud viola los artículos 5o. y 28 de la Constitución Federal.

...

QUINTO. Estudio del asunto. ...

1. Artículo 5o. constitucional. La parte quejosa argumenta que el párrafo segundo del artículo 271 de la Ley General de Salud, viola el artículo 5o. constitucional sobre la base de dos líneas argumentativas:

...

1.2. En segundo lugar, afirma que el hecho de que se le impida practicar libremente las cirugías señaladas por la norma impugnada, sin la obtención de la respectiva autorización de la Secretaría de Salud, viola su garantía de libertad de trabajo, pues afirma que se trata de una actividad lícita por la que no se atacan los derechos de terceros ni los derechos de la sociedad, que no debe ser limitada por el poder público.

Esta Sala considera que las dos líneas de argumentación de la quejosa son **infundadas**.

...

b) En segundo lugar, esta Sala considera que el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud tampoco viola el derecho al trabajo establecido en el artículo 5° constitucional. Esta garantía individual está consagrada en los siguientes términos:

Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

[...]

Como se observa de su contenido, esta norma constitucional consagra el derecho de todas las personas a dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que escojan, siempre y cuando éstos sean lícitos, estableciendo sólo tres supuestos en que esta libertad podrá vedarse:

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

- a) por determinación judicial;
- b) cuando se ofendan los derechos de terceros, o;
- c) por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

La parte quejosa afirma que el artículo 271 de la Ley General de Salud viola esta libertad de trabajo, pues se impide a aquellos profesionales de la salud que no obtengan la autorización de la Secretaría de Salud y que no tengan un certificado de especialidad médica, ejercer un grupo de actividades lícitas que conforman su profesión, esto es, las cirugías estéticas o cosméticas relacionadas con el cambio o corrección del contorno o formas de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo.

En primer lugar, debe destacarse que el artículo impugnado no establece una restricción absoluta que impida a los profesionales de la salud dedicarse en ninguna circunstancia al mencionado tipo de cirugías. Por el contrario, se trata de una norma que regula las condiciones que deberán reunir quienes pretendan realizar este tipo de actividades.

Lo anterior resulta fundamental, pues esta Suprema Corte ha sostenido el criterio según el cual no deben considerarse inconstitucionales las normas que regulen el ejercicio de una profesión, cuando éstas no impidan de forma absoluta el despliegue de las actividades realizadas al amparo de ésta, cuando su propósito sea claramente que no se perjudiquen otros bienes jurídicos, que de otra forma se provocaría si dicha actividad se realizara desordenadamente¹. Por tanto, es claro que una norma secun-

¹ Tesis de jurisprudencia 1ª./J. 20/2006, emitida por esta Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 120 del tomo XXIII (abril de 2006) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto: "REGISTROS SANITARIOS. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL NUMERAL 376 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE FEBRERO DE 2005, AL OBLIGAR A SU REVISIÓN PARA EFECTOS DE RENOVACIÓN, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. El citado precepto transitorio, al establecer que los registros sanitarios de medicamentos y demás insumos para la salud, otorgados por la Secretaría de Salud por tiempo indeterminado, deberán ser sometidos a revisión para su renovación en un plazo de hasta cinco años a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación del aludido decreto, so pena de que a sus titulares les sean revocados, no viola la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque si bien la referida norma transitoria puede constituir una mayor carga para el titular de los registros sanitarios, en tanto que deberá someterlos a

daria que imponga determinadas cargas jurídicas a los ciudadanos para que estos estén en posibilidades de realizar cierto tipo de actividades, no merece por este simple hecho la calificativa de inconstitucional.²

Sin embargo, la argumentación de la parte quejosa se centra en combatir el citado artículo legal, en cuanto impide de forma categórica a los profesionales de la salud que no obtengan la autorización de la Secretaría de la Salud, y que no tengan un certificado de especialidad médica, realizar las cirugías estéticas o cosméticas relacionadas con el cambio o corrección de las zonas o regiones de la cara y del cuerpo.

Uno de los requisitos fundamentales para obtener la autorización de la Secretaría de Salud, es contar con el certificado de alguna especialidad

renovación y, por ende, realizar nuevamente el procedimiento administrativo para obtenerla, ello no quebranta la garantía constitucional citada, pues dicha obligación no implica un obstáculo para la realización de sus actividades como titular de los registros con que cuenta, pues podrá comercializar sus productos mientras dure el procedimiento de renovación, ya que si presenta la respectiva solicitud dentro del plazo legal, sus registros seguirán vigentes hasta que la autoridad competente los renueve o revoque; de ahí que la obligación aludida lleve implícita una certeza jurídica respecto a la vigencia y forma de renovación de sus registros”.

² Tesis de jurisprudencia P./J. 64/97, emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 62 del tomo VI (septiembre de 1997) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto: “BEBIDAS ALCOHÓLICAS. LA LEY QUE REGLAMENTA SU VENTA, DISTRIBUCIÓN Y CONSUMO EN EL ESTADO DE TABASCO A PARTIR DEL 11 DE FEBRERO DE 1996, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO. La mencionada ley regula la comercialización de bebidas alcohólicas en dicha entidad federativa, pero en ninguno de sus preceptos impide el ejercicio del libre comercio, ni tampoco establece que tal actividad sea ilícita, sino que contempla la regulación respectiva para que no se vea afectada la sociedad con su ejercicio; para ello impone ciertos requisitos, obligaciones y prohibiciones a quienes explotan ese giro mercantil, como la consistente en que la venta de cerveza en envase cerrado sólo puede hacerse a temperatura ambiente, medida que no afecta la garantía de libertad de comercio consagrada en el artículo 5o. constitucional, ya que las disposiciones de esta naturaleza tienden a proteger la salud y el bienestar de la colectividad, sin limitar los derechos públicos subjetivos de los comerciantes, los que pueden libremente ejercer su actividad cumpliendo con las prevenciones fijadas, para hacer de éste un acto lícito que no afecte el interés público. Además, la imposición de modalidades a la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas se sustenta y justifica en términos de lo establecido en el último párrafo del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual las Legislaturas de los Estados se encuentran obligadas, al igual que el Congreso de la Unión, a dictar leyes encaminadas a combatir el alcoholismo, lo que deben hacer de acuerdo con las condiciones sociales, culturales e idiosincrasia de la población de su entidad, siendo esta función de orden público e interés social”.

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

médica, lo cual implica que aquellos profesionales en esta materia que no cuenten con estudios especializados en su rama, no podrán categóricamente realizar las cirugías estéticas y cosméticas referidas.

La parte quejosa se ubica en esta categoría de profesionales que, al no cumplir con el requisito de la certificación de la especialidad médica, no podrá obtener la autorización de la Secretaría de Salud y, por tanto, no podrá desempeñarse laboralmente en la realización de cirugías estéticas y cosméticas. Estos requisitos son los que se proceden a analizar a continuación a fin de contestar la siguiente interrogante: ¿el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud, viola la libertad de trabajo al impedir que los profesionales de la salud que no cumplan con los requisitos ahí establecidos realicen cirugías estéticas y cosméticas?

Para contestar a lo anterior, debemos partir de la idea de que ningún derecho fundamental es absoluto.

Así, en primer lugar, debemos señalar, como lo ha establecido el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación³, lo siguiente:

“La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar

³ Tesis de jurisprudencia P./J. 28/99, emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página: 260 del tomo IX (abril de 1999) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado”.

De lo anterior se desprende, como ya adelantábamos, la conclusión de que la libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. Sin embargo, como es claro, la regulación de dichas restricciones no son arbitrarias y, por tanto, esta Suprema Corte debe cuidadosamente analizar la constitucionalidad de una medida legislativa que establezca una limitación de este tipo.

En efecto, debe considerarse que no toda restricción a la libertad de trabajo es constitucionalmente válida aunque el fin del legislador sea regular una de las restricciones constitucionalmente previstas. El legislador está facultado para regular el derecho al trabajo para determinar su contenido y delimitar sus alcances, pero siempre bajo condiciones dignas y justas, y no para establecer límites que en su aplicación equivalgan en la realidad a una cancelación de su contenido esencial.

Por tanto, para que las medidas emitidas por el legislador ordinario, con el propósito de regular una restricción prevista constitucionalmente a un derecho fundamental sean válidas, deben satisfacer en principio, los siguientes requisitos, los cuáles deben ser analizados siempre que se trate de restricciones a las garantías individuales (y no ante cualquier regulación legislativa que incida en cualquier contenido constitucional):

a) En primer lugar, la restricción reglamentada por el legislador debe ser admisible en la Constitución. El legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales en los casos y en las condiciones que la misma Constitución establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para establecer limitaciones a derechos fundamentales adicionales a los que derivan de la Norma Fundamental establecidos, y sus facultades de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a las mismas.

b) En segundo lugar, la medida legislativa debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional. Es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de ese fin, sino que de hecho esa medida debe ser la idónea para su realización. Por ende, el juez constitucional debe asegu-

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

rarse de que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales. Las restricciones constitucionalmente previstas a las garantías individuales tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario.

c) Debe ser proporcional. La medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la Ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

Con base en lo anterior, esta Sala procede a analizar si el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud cumple con estos tres requisitos.

Como ya se señaló, la Constitución autoriza la restricción a la libertad de trabajo en tres supuestos: a) cuando se trata de una actividad ilícita, b) cuando se afecten derechos de terceros, y, c) cuando se afecten derechos de la sociedad en general.

Por tanto, una de las restricciones válidas a la libertad del trabajo es la afectación a los derechos de terceros, lo cual “implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro”, como lo ha determinado el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte.

Para esta Sala, es evidente que el artículo 271 de la Ley General de Salud busca proteger el derecho a la salud de las personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas y, por tanto, evitar que se afecte los derechos de terceros tutelados por el artículo 4o. constitucional.

De la exposición de motivos de la norma impugnada, se desprende con claridad que el objetivo buscado por el legislador ordinario consiste en regular una situación social, en la cual detectó que las condiciones de salud de aquellas personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas son vulnerables, y que, por tanto, requieren de una protección gubernamental. Así se desprende de los siguientes párrafos de dicha exposición de motivos:

Desde los inicios de la cirugía plástica se ha buscado contar con sustancias que siendo inyectadas, sirvan para dar relleno, contorno o forma a diferentes zonas o regiones de la cara y cuerpo. Genéricamente, esas sustancias se llaman “modelantes”.

Éste tal vez sea uno de los temas más controvertidos de la cirugía plástica; y una de las actividades que más practican los charlatanes, con las que defraudan y ponen en peligro la salud y la vida de los incautos que caen en sus manos, al ser sometido con engaños, a inyecciones de sustancias que prometen mejorarán la apariencia de la cara, o el volumen de los senos o de los glúteos y las piernas.

Para lograr ese fin, a través del tiempo se han inyectado, un sinnúmero de sustancias peligrosas, entre las que se encuentran grasa animal, diferentes químicos, vitaminas, aceites, plásticos y silicones para uso industrial. Desafortunadamente también éstas son inyectadas con mucha frecuencia por personas sin ningún entrenamiento médico, en condiciones insuficientes de limpieza y seguridad, cayendo en lo increíble como inyectar aceite de coche, de cocina, entre otros, y cobrando un costo altísimo.

[...]

De aquí que deba considerarse lo riesgoso que resulta dejarse inyectar sustancias desconocidas, por personas que no tienen ningún escrúpulo ni preparación. Son muy pocas las sustancias lícitas y seguras, que pueden inyectarse para mejorar el contorno de la cara o el cuerpo; y por lo general en pequeños volúmenes, para corregir algunas irregularidades, arrugas, cicatrices o dar volumen a regiones pequeñas, como labios.

[...]

Ninguna de estas sustancias debe ser aplicada por personas que no sean cirujanos plásticos o dermatólogos certificados, ni tampoco en salones de belleza o en otras instalaciones que no sean un consultorio médico formal, bajo normas estrictas de limpieza y seguridad.

Como se observa de las razones dadas por el legislador, se desprende con claridad que la preocupación subyacente a la norma impugnada, consiste en mejorar las condiciones médicas de acceso a las cirugías estéticas y cosméticas de las personas. Para el legislador, la falta de una regulación legal que asegure la protección de la salud de los pacientes de las cirugías estéticas hacía imperativo una intervención legislativa y, por tanto, debe concluirse que se trata de una norma que busca la protección de los derechos de terceros que se pueden ver afectados por el ejercicio irrestricto de la actividad de los profesionales de la salud dedicados a esta materia.

Por tanto, debe concluirse que el artículo 271 de la Ley General de Salud actualiza una restricción como objetivo constitucionalmente válido —evitar la afectación de los derechos de terceros— que busca la realización de un objetivo expresamente previsto en la Norma Fundamental:

proteger el derecho a la salud de las personas, establecido en el artículo 4o. constitucional.

En segundo lugar, esta Sala concluye que la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado. Se trata de un medio necesario para lograr el fin constitucionalmente legítimo, que es la protección a la salud de las personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas, actualizadora de una de las restricciones previstas en el artículo 5o. constitucional al derecho al trabajo (evitar la afectación a los derechos de terceros).

Debe aclararse que esta necesidad no se satisface si se ocupa de un interés particular o si hay otros medios que restrinjan en menor escala este derecho fundamental para alcanzar dicho fin, sino que necesariamente debe ser un interés público constitucional y no existir otro mecanismo menos restrictivo por el que pueda alcanzarse éste. La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁴

Para lograr una mejor comprensión de lo que debe entenderse como “necesidad” para los efectos de analizar este segundo concepto, esta Sala considera adecuado traer a colación un ejemplo de cómo se ha entendido este concepto en los tribunales internacionales de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵ siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos,⁶ en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales respecto a los cuales tienen competencia (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), ha establecido que:

“‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’...”

⁴ En los mismos términos ha entendido la Corte Europea de Derechos Humanos esta forma de evaluar la legitimidad jurídica de una restricción a un derecho fundamental. *Cfr.* Eur. Court H. R., *Barthold* judgment of 25 March 1985, Series A, No. 90, párrafo no. 59, pág. 26.

⁵ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrs. 46 y 79.

⁶ Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrafo no. 59, págs. 35-36.

ria' no es suficiente demostrar que sea 'útil', 'razonable' u 'oportuna'. La 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones [...], dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”.

Con base en este concepto de necesidad, es claro que debe analizarse si la restricción a la libertad de trabajo como medio necesario para la protección del derecho a la salud, que establece el artículo 271, párrafo segundo, de la Ley General de la Salud, además de salvaguardar los derechos de terceros, que es una de las restricciones autorizadas constitucionalmente, es razonable para el fin que se busca, que es la protección de la salud de las personas.

Así, en primer lugar debemos observar que el artículo 4o. constitucional, establece que “*toda persona tiene derecho a la protección de la salud*”. Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.⁷ Es decir, que

⁷ Tesis aislada P. XIX/2000 emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 112 del tomo XI (marzo de 2000) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto: “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

el derecho a la salud protegido constitucionalmente incluye, entre otras cosas, las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad.

El contenido de esta norma constitucional y la interpretación que de ésta ha realizado esta Suprema Corte, es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así se observa de los siguientes ordenamientos: el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios); el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y que los Estados deberán adoptar las medidas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho); el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo De San Salvador” (toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social); lo establecido por la Comisión de Derechos Humanos,⁸ así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.⁹

salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos”.

⁸ En su resolución 1989/11.

⁹ Los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119), y la Observación general No. 5 del Comité sobre personas con discapacidad se aplican a los enfermos mentales; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo

En congruencia con lo anterior, esta Sala reconoce que la protección del derecho a la salud, depende de la forma como son reguladas las condiciones de acceso a los servicios médicos y la regulación de todas aquellas peculiaridades que incidan en la calidad de ésta. Esto también ha sido señalado por órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y al respecto podemos señalar lo que ha establecido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14 sobre el tema:

“El derecho a la salud es, un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.¹⁰

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Además, se ha establecido por ese propio Comité que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos niveles, abarca elementos esenciales e interrelacionados, tales como: disponibilidad, accesibilidad, aceptabili-

en 1994, y la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

¹⁰ Por ejemplo, el principio de no discriminación respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud es legalmente aplicable en muchas jurisdicciones nacionales.

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

dad y calidad. Para el caso bajo estudio, interesa éste último, y a ese respecto se dice que:

“Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.¹¹

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia.¹²

En este orden de ideas, observamos que el derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas.

Para lo anterior, el Estado debe controlar que los servicios relacionados con la salud que proporcione éste, así como los proporcionados por terceros, reúnan además de lo anterior, de manera específica, las condiciones educativas y técnicas necesarias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud¹³ para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Además de que para todo ello,

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párrafo 12.

¹² *Ibidem*, párrafo 35.

¹³ *Cfr. Corte IDH, caso Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No.149, párrafo 99.*

se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.¹⁴

De lo anterior se desprende que para garantizar el derecho a la salud, es menester que se proporcionen con calidad los servicios de salud, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos. Esto es, que para garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger el derecho a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una forma para eso puede ser por medio del establecimiento de políticas públicas y otra, por medio del control legal. Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado.

Lo anterior significa que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros y, en esa medida, la regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar las restricciones válidas al ejercicio del periodismo, hizo referencia en parte de sus argumentaciones, al ejercicio profesional de la medicina para ejemplificar que hay profesiones que no requieren una mayor protección porque se conciben meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional. En ese sentido, la Corte Interamericana señaló que:

“...el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Con-

¹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, No. 171, párrafo121.

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

vención [Americana sobre Derechos Humanos]. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina".¹⁵

Así, la restricción a la libertad de trabajo de los médicos con el fin de garantizar una parte del derecho a la salud, no sólo es útil para este último, sino que es necesaria porque es imprescindible para establecer un mínimo de calidad para la prestación de los servicios de salud.

Ahora bien, esa necesidad que justifica la restricción al derecho al trabajo, debe estar claramente determinada a cumplir con el fin, es decir, que la restricción sólo puede estar destinada a que se satisfagan condiciones o requisitos necesarios y objetivamente valorables de capacitación, educación y experiencia, por lo que respecta a las personas que ejercen la profesión, y de tecnología, condiciones sanitarias, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados, por lo que respecta a los establecimientos en que esos profesionales de la salud ejercen su profesión o brindan sus servicios.

En esa medida, los límites o restricciones autorizados sólo deben tener por objeto la protección de los derechos de los particulares. Las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.¹⁶

¹⁵ Corte IDH, *la Colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrafo 73.

¹⁶ *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párrafo 28.

De esta manera, debemos concluir que las restricciones al derecho al trabajo de los médicos son constitucionalmente válidas si están destinadas en primer lugar a evitar que se afecten derechos de terceros, y en segundo lugar, son necesarias para garantizar el derecho a la salud que puede comprender de manera específica el establecimiento de regulaciones para garantizar la calidad de los servicios de salud. Como a continuación se demostrará, dichas disposiciones constituyen una medida legislativa adecuada e idónea para cumplir con el objetivo constitucional que permite la restricción al derecho al trabajo.

...

...son dos los problemas identificados por el legislador en la prestación de servicios médicos estéticos y cosméticos: 1) la peligrosidad y sofisticación de las sustancias médicas a partir de las cuales se realizan las cirugías en esta materia y, 2) la frecuencia con la cual personas sin la preparación científica suficiente realizan estos procedimientos médicos especializados.

El legislador ordinario determinó que la solución idónea para resolver el problema de salud general, consistente en la poca profesionalización que existe en la realización de las cirugías estéticas y cosméticas, radicaba en exigir a los profesionales de la salud dedicados a dichas cirugías un estándar mínimo de conocimientos médicos que aseguraran la profesionalización de estas actividades concretas, así como la implementación de un control sobre el despliegue de estas actividades peligrosas.

Y determinó que lo anterior se conseguía, por un lado, si se les exigía acreditar la obtención de una especialidad médica que avalara sus conocimientos especializados y, por el otro, si se establecía un control administrativo en la esfera de competencia de la Secretaría de Salud, exigiéndose obtener una autorización por parte de ésta, además de una licencia para el establecimiento correspondiente.

Como ya se señaló, la medida legislativa impugnada consiste en obligar a los profesionales de la salud que pretendan realizar cirugías estéticas y cosméticas a satisfacer tres requisitos:

a) Que realicen estas cirugías en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente;

b) Quienes las lleven a cabo sean profesionales de la salud con especialidad médica registrada ante la autoridad educativa, y;

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

c) Que se obtenga la autorización de la Secretaría de Salud, conforme al reglamento correspondiente.

Como se puede observar, la formulación de estos tres requisitos busca: 1) profesionalizar el servicio médico en las cirugías estéticas y cosméticas y 2) establecer un control de calidad sobre los mismos y sobre el establecimiento en que se realicen.

...

Al pedirse una licencia sanitaria que habilite a un establecimiento médico, es claro que el legislador busca evitar el problema que identificó en la realidad, esto es, que “[n]inguna de estas sustancias [utilizadas como insumo básico para las cirugías estéticas y cosméticas]” debe ser aplicada” [...] “en salones de belleza o en otras instalaciones que no sean un consultorio médico formal, bajo normas estrictas de limpieza y seguridad”.

En segundo lugar, el requisito por el cual se les exige a los profesionales de la salud tener un certificado de especialidad médica, atiende adecuadamente el problema de la falta de profesionalización y capacitación observada en la oferta general de estas cirugías, pues es evidente que sólo a través de la certificación de estudios especializados en la materia se puede asegurar que quienes realicen estas cirugías tienen la capacidad y los conocimientos profesionales necesarios para tal efecto.

Finalmente, la necesidad de obtener autorización de la Secretaría de Salud permite el establecimiento de un control efectivo sobre el cumplimiento de todas las normas reguladoras de la prestación de servicios médicos y sobre el cabal cumplimiento de los otros dos requisitos expuestos.

Todo lo anterior demuestra que la finalidad de la norma es garantizar la calidad de los servicios de cirugía estética y cosmética, por medio del establecimiento de una restricción al ejercicio libre de la medicina, que consiste exclusivamente en evitar que cualquier profesional de la medicina y en cualquier lugar se practiquen ese tipo de servicios de salud.

Esta Sala concluye, por tanto, que esa restricción al derecho al trabajo de los médicos es válida, al concretarse a exigir a los médicos que quieran practicar cirugías estéticas y cosméticas a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y lo hagan en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en

donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud.

En tercer lugar, la medida legislativa impugnada es proporcional porque el grado de restricción a la libertad de trabajo que resienten los profesionales de la salud, es justamente el necesario para poder garantizar la profesionalización y calidad necesarios en la oferta médica de cirugías estéticas y cosméticas, esto es, la medida idónea para garantizar la protección de la salud de sus pacientes.

Vinculado con lo anterior, debe destacarse que el derecho al trabajo de los médicos es un derecho que tiene una relación inescindible con el derecho de acceso a la salud de las personas, por lo que no se trata de una libertad que pueda ejercerse libremente sin que ello tenga impacto en el derecho de las personas de ver protegida su garantía a la salud. Es claro que existe un costo mayor que la sociedad tendría que resentir si no existiera la norma impugnada: existiría la incertidumbre sobre la calidad de los servicios médicos ofrecidos por los cirujanos estéticos y cosméticos. Este costo se reduce de forma muy importante introduciendo una restricción relativa en la libertad de trabajo de los profesionales de la salud, quienes resienten un costo de menor entidad que el de la sociedad ante la inexistencia de la norma combatida.

Por tanto, es evidente que una restricción impuesta a los médicos para realizar determinados procedimientos médicos considerados peligrosos, consistente en la acreditación de conocimientos especializados y un control de la autoridad administrativa sobre las condiciones de su realización, es una medida relativamente poco gravosa, en comparación con la protección de la salud que se obtiene al implementar los mecanismos mencionados. Con ellos, se evita que la vida de las personas destinatarias de dichas operaciones, esté en riesgo.

Así entendida, la restricción establecida al derecho al trabajo de los médicos que establece el segundo párrafo del artículo 271, de la Ley General de Salud, es constitucionalmente válida.

Esto es así, porque es una restricción constitucionalmente permitida, así como busca alcanzar los objetivos legítimos perseguidos y ser la estrictamente necesaria para promover el bienestar general en la sociedad, en la medida de que no se impide de manera absoluta que los médicos ejerzan sus actividades profesionales, pero sí les restringe el que lleven a

RESTRICCIONES VÁLIDAS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

cabo algunas actividades especializadas en tanto no cuenten con la autorización necesaria en aras de proteger el derecho a la salud de terceros.

Así, al ser las cirugías estéticas o cosméticas relacionadas con el cambio o corrección de las zonas o regiones de la cara y del cuerpo una actividad que no puede ser llevada a cabo por cualquier persona, aún tratándose de un médico, por el alto riesgo que existe a que se afecte la salud de terceros, la restricción que se establece, consistente en contar con la autorización de la Secretaría de la Salud y para ello, contar con la certificación o recertificación de alguna especialidad en salud, es una restricción válida para el ejercicio profesional de la medicina y por tanto, no es contraria al artículo 5o. constitucional, al garantizar de manera equilibrada el derecho al trabajo y el derecho a la salud.

...

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Se sobresee respecto del artículo 81 de la Ley General de Salud, en los términos del cuarto considerando de esta sentencia.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a **Yaritza Lissete Reséndiz Estrada** contra el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud.

NOTIFÍQUESE; con testimonio de esta resolución vuelvan los autos a su lugar de origen y, en su oportunidad, archívese el toca como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Sergio A. Valls Hernández.

Firman el Ministro Presidente de la Primera Sala y el Ministro Ponente, con el Secretario de Acuerdos, quien autoriza y da fe.

...

CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE MENORES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Sinopsis: Al resolver sobre la procedencia de un recurso de exhibición personal solicitado en favor de menores privados de la libertad, la Corte Suprema de Justicia de Honduras se refirió a las condiciones de reclusión de los menores y a las obligaciones que se derivan para los Estados. El recurso fue solicitado en virtud de la situación precaria de salubridad, alojamiento y trato personal en que se encontraban los menores de un Centro Pedagógico de ese país. La Corte estableció que la obligación que tiene el Estado de proteger a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción adquiere una relevancia especial tratándose, entre otros, de menores internos. Determinó que las condiciones de hacinamiento, sobrepoblación y falta de higiene en los centros de reclusión de menores constituyen tratos crueles o denigrantes contrarios a la dignidad de la persona. Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia concedió el recurso y, entre lo más destacado, ordenó a diversas instancias modificar radicalmente las condiciones actuales de los menores reclusos de conformidad con los estándares constitucionales e internacionales sobre el tratamiento de menores privados de la libertad, el diseño y ejecución de políticas públicas acordes y la asignación del presupuesto público necesario para estos fines. La Corte se remitió a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Personas Privadas de la Libertad, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Synopsis: Upon deciding on the validity of a writ of Habeas Corpus requested in favor of minor inmates, the Supreme Court of Justice of Honduras referred to the conditions of imprisonment of minors and to the obligations of the States. The writ was requested based on the unstable situation of hygiene, housing and personal treatment the minors of a Pedagogical Center were going through in that country. The Court stated that the obligation of the State to protect all people under its jurisdiction ac-

CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE MENORES

quires a special importance when dealing, among other, with minor inmates. It decided that the conditions of overcrowding, overpopulation and lack of hygiene present in the reclusion centers for minors do constitute cruel or degrading treatment which is in violation of human dignity. Based on the foregoing, the Supreme Court of Justice granted the petition and, above all, ordered the drastic modification of the current conditions of minors who are imprisoned in accordance with constitutional and international standards on the treatment of minor inmates, the design and implementation of proper public policies and the allocation of the public budget necessary to these purposes. The Court referred to the terms established in the Convention on the Rights of the Child, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the American Convention on Human Rights.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE HONDURAS

EXHIBICIÓN PERSONAL (CORRECTIVO) NO. 210-06
SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2006

CERTIFICACIÓN

La Infrascrita Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, certifica la sentencia que literalmente dice: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, veinticinco de abril de dos mil seis. VISTO: Para dictar sentencia el Recurso de Habeas Corpus o Exhibición Personal interpuesto por el Abogado JHON CESAR MEJIA MILLA, mayor de edad, casado, hondureño, en su condición de Fiscal del Ministerio Público radicado en la ciudad de San Pedro Sula, Cortés, a favor de los menores de edad internos en el denominado CENTRO PEDAGÓGICO EL CARMEN, en jurisdicción municipal de San Pedro Sula, Cortés, contra actuaciones del Director o Encargado de la Junta Interventora del Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia, bajo cuya responsabilidad está el centro pedagógico de referencia, por considerar el solicitante que las personas a cuyo favor recurre, se encuentran hacinados, en condiciones sanitarias y de alojamiento muy precarias, que resultan lesivas a los derechos establecidos en la Constitución de la República, el Código de la Niñez y de la Adolescencia y a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.- RESULTA: Que el Abogado JHON CESAR MEJIA MILLA, en su condición indicada, sustenta su recurso de Exhibición Personal a favor de las personas privadas de libertad que se encuentran en el Centro Pedagógico El Carmen, sito en jurisdicción municipal de San Pedro Sula, Cortés, expresando, entre otros conceptos los siguientes: a) Que la Fiscalía Especial de los Dere-

CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE MENORES

chos Humanos recibió información de la Directora Regional Zona Norte del Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia, respecto de las condiciones precarias en las que se encontraban los menores privados de libertad en el Centro de Internamiento El Carmen, refiriendo que los menores eran abusados sexualmente en el centro en referencia, b) Que las señoras Dunia Zúñiga y Ela Ramos, de la Sección de Inspecciones Oculares de la Dirección General de Investigación Criminal, constataron que en el centro de internamiento El Carmen, se observa el piso húmedo, paredes manchadas y dañadas, baño sin taza sanitaria, asumiendo que la mayoría de los niños duermen en el piso, que los módulos inspeccionado carece de energía eléctrica y de camas.- c) Que de conformidad con el Informe elaborado por la Médico Forense Leny Margarita Romero, se establece que el citado centro no reúne las condiciones de salud para albergar a los menores y que existen condiciones en los módulos que predisponen a enfermedades infectocontagiosas, haciendo las recomendaciones correspondientes, refiriendo además el recurrente las conclusiones formuladas por el Licenciado en Psicología Oscar Rolando Aguilar Argeñal, que establecen que el Centro Pedagógico El Carmen no es apto para el manejo de menores en conflicto con la ley; asimismo, a las recomendaciones dadas por el mismo. RESULTA: Que en las presentes diligencias se designó Jueces Ejecutores a los Abogados JOSE CARLOS VELASQUEZ MEJIA y XIOMARA CATALINA QUEZADA LUQUE, miembros de la Defensa Pública, quienes en cumplimiento de las responsabilidades inherentes a sus cargos, informaron sobre las medidas correctivas adoptadas respecto de los hechos denunciados, así como los informes que en relación al recurso de mérito, emitieron: a) Licenciada Doris Yolany García Paredes, en su condición de Directora Ejecutiva del Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia; b) La Licenciada Dilcia Sosa, Directora Interina del Centro Pedagógico El Carmen de San Pedro Sula; c) La Licenciada Maria Lucila Hernández, Directora Regional del Instituto Hondureño de la Niñez y la Adolescencia, anexándose además diversa documentación y fotografías que complementan los informes de referencia. CONSIDERANDO: Que el Artículo 3 numeral 3) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, dispone que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o de la protección de los menores, cumplirán las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número, competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión

adecuada y que deberán adoptarse todas las medidas, destinando el máximo de los recursos disponibles para tal propósito. CONSIDERANDO: Que por disposición constitucional, el Estado de Honduras se encuentra obligado a brindar protección a todos sus habitantes sin excepción, garantizándoles el goce de la justicia, la cultura y el bienestar económico y social, deber estatal que adquiere especial significado cuando se trata de sectores menos favorecidos o marginados de la población, tal como sucede con los menores internos en el Centro Pedagógico El Carmen, sito en jurisdicción municipal de San Pedro Sula, Cortés, según ha quedado evidenciado en las presentes diligencias. CONSIDERANDO: Que como complemento al mandato constitucional y lo prescrito en los Instrumentos Internacionales, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Personas Privadas de Libertad, instituidas por la Organización de Naciones Unidas, establecen las condiciones que deben prevalecer en los centros encargados de la reinserción o readaptación social de las personas que por disposición de ley o autoridad se encuentren bajo su cuidado. CONSIDERANDO: Que con el informe rendido por los Abogados JOSE CARLOS VELASQUEZ MEJIA y XIOMARA CATALINA QUEZADA LUQUE, Jueces Ejecutores designados por este Tribunal, se ha constatado que las personas internas en el Centro Pedagógico El Carmen, viven en condiciones precarias debido al hacinamiento a que están sometidas, así como al hecho de estar desprovistos de elementales medios para satisfacer sus necesidades humanas básicas y que las medidas adoptadas en la actualidad para su mejoramiento, resultan insuficientes para los propósitos de su formación humanística y su reinserción positiva en la sociedad. CONSIDERANDO: Que atendiendo lo referido en el Informe que se deja relacionado y la documentación presentada por el recurrente respecto de las condiciones precarias en las que se encuentran los menores infractores en el Centro Pedagógico El Carmen, particularmente lo relacionado con el hacinamiento o sobrepoblación, su alojamiento y falta de condiciones de higiene, tales circunstancias resultan lesivas a la dignidad humana, aún cuando existan acciones materiales ejecutadas en coordinación con otras instituciones para la solución de los problemas denunciados, resultando tales esfuerzos insuficientes. CONSIDERANDO: Que por disposición constitucional, ninguna persona debe estar sometida a trato cruel o degradante, contrario a la dignidad de la persona humana, volviéndose impostergable que la Autoridad competente, en el plazo y con los medios apropiados, adopten las decisiones que

CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE MENORES

modifiquen radicalmente las actuales condiciones en que se encuentran las personas a cuyo favor se recurre. **CONSIDERANDO:** Que atendiendo la conformación del grupo social interno en el Centro Pedagógico El Carmen, se precisa que las instituciones vinculadas con su operatividad, adopten y ejecuten en el término prudencial de un año, las siguientes medidas: 1) Dotación permanente de agua potable y de instalaciones sanitarias. 2) Alimentación balanceada. 3) Una cama para cada menor. 4) Servicio médico y psicológico capacitado en prevención. 5) Instalaciones físicas dignas y provistas de recursos básicos. 6) Diseño de programas educativos con énfasis en la culminación de la educación primaria; asimismo, la implementación de terapias ocupacionales de acuerdo a las aptitudes y destrezas mostradas por los menores (talleres de pintura, dibujo, etc.). 7) Evaluación del personal que labora en el centro de internamiento y diseño de programas para capacitación continua que incluya terapias laborales. 8) Creación de Oficina de Información y Quejas, mediante la cual los menores puedan informarse, hacer peticiones y propuestas a las autoridades y denunciar irregularidades. 9) Diseño de programas de adiestramiento al personal de seguridad, encaminadas a crear una cultura institucional de conocimiento y respeto de las normas especiales que rigen la niñez y en general los derechos humanos. **CONSIDERANDO:** Que las medidas que este Tribunal dispone se adopten para el tratamiento de los internos del Centro Pedagógico El Carmen, implica la asignación presupuestaria suficiente para garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de los menores, de manera que la Dirección del Centro Pedagógico de Referencia, la Dirección Ejecutiva del Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia y el Poder Ejecutivo, deben adoptar políticas de Estado comprometiendo los recursos que fueren necesarios para mejorar las condiciones de desarrollo de los menores internos. **CONSIDERANDO:** Que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución de la República, no serán entendidos como negación de otros derechos y que ninguna institución del Estado aplicará leyes o disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidas en la Carta Magna, si los disminuyen, restringen o tergiversan. **CONSIDERANDO:** Que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidari-

dad. CONSIDERANDO: Que las condiciones en que permanecen los privados de libertad en el CENTRO PE- DAGOGICO EL CARMEN, de San Pedro Sula, Cortés, señaladas por el Juez Ejecutor nombrado al efecto, son constitutivas de vejámenes en perjuicio de la seguridad individual de los menores internos, por tanto vulneran lo establecido en el inciso b) del numeral 1 del artículo 182 de la Constitución de la República. CONSIDERANDO: Que al quedar demostrada la vulneración a las normas constitucionales y de las convenciones internacionales suscritas por el Estado de Honduras, es procedente otorgar la garantía de Exhibición Personal a efecto de que se restituya a los afectados, en el goce de sus derechos fundamentales. POR TANTO: La sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete último y definitivo de la Constitución de la República, en nombre del Estado de Honduras, POR UNANIMIDAD de votos y haciendo aplicación de los artículos números: 1, 16, 59, 60, 63, 64, 68, 80, 82, 86, 303, 304, 313 atribución 5ta., 316 numeral 1 y 321 de la Constitución de la República; 3 numeral 3), 4, 19, 24 Números 1 Y 2) inciso b), 29 inciso a), 31, 37 inciso a) y 39 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 2, 3, 6 numeral 1), 7, 10 numeral 1), 16, 23 numeral 1), y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establecida por la Organización de Naciones Unidas; 1, 2, 3, 4 numeral 1), 5, 11, 24, 25 de la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos; 1, 5, 6, 9, 16 preámbulo e inciso c), 24, 25, 36, 73 párrafo primero del Código de la Niñez y de la Adolescencia; 1, 2, 3 No.1, 4, 5, 9 numeral 1), 13 numeral 1, 14, 17, 37, 39, 72 de la Ley Sobre Justicia Constitucional, FALLA: HA LUGAR la Garantía de Habeas Corpus o Exhibición Personal correctiva, interpuesta a favor de los menores que se encuentran internos en el Centro Pedagógico El Carmen, sito en jurisdicción de la ciudad de San Pedro sula, Cortés, en consecuencia, ORDENA: PRIMERO: Que la autoridad recurrida, INS- TITUTO HONDUREÑO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA, bajo cuya responsabilidad opera el Centro Pedagógico “El Carmen”, en el plazo de UN (1) AÑO, a partir de la ejecutoriedad de esta sentencia, tome las medidas necesarias para hacer cesar las violaciones a los derechos humanos de los internos, acatando las disposiciones contenidas en la parte declarativa de esta sentencia. SEGUNDO: Instar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Honduras, a efecto de que diseñen y ejecuten una política pública, acorde al mandato constitucional y de cumplimiento a los instrumentos inter-

CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE MENORES

nacionales de derechos humanos, especialmente de la Convención sobre los Derechos del Niño que garantiza la protección y asistencia necesaria para los niños(as) a los efectos de que puedan asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, para el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los internos del centro de referencia; asimismo, que se incluya la disponibilidad presupuestaria para el debido cumplimiento de lo ordenado. TERCERO: Instar al Ministerio Público, específicamente a la Fiscalía Especial de la Niñez y al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos para que en ejercicio de su mandato, vigilen el diseño y ejecución de las políticas públicas en materia de centros de internamiento de menores, así como para la ejecución de lo ordenado al Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia (IHNFA) en la presente sentencia; Y MAN- DA: Que la Secretaría del Despacho notifique lo resuelto al recurrente y remita certificación íntegra del presente fallo al INSTITUTO HONDUREÑO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA (IHNFA), para su debido cumplimiento, debiendo además, hacer del conocimiento del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo, del Ministerio Público y del Comisionado Nacional de Derecho Humanos la presente resolución, para los efectos legales que en derecho correspondan, procediéndose en su oportunidad al archivo de los autos. Redactó la Magistrada DUBON VILLEDA DE FLORES. NOTIFIQUESE. Firmas y sello, SUYAPA THU- MANN CONDE, Coordinadora, JOSE ROLANDO ARRIAGA MANCIA, CARLOS ALBERTO GOMEZ MORENO, CARLOS ARMANDO FLORES CARIAS, SONIA MARLINA DUBON VILLEDA, Firma y sello, LUCILA CRUZ MENENDEZ, Secretaria General”.

Y para ser enviado al INSTITUTO HONDUREÑO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA (IHNFA), se extiende en la ciudad de Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, a los quince días del mes de mayo de dos mil seis, certificación de la sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil seis, recaída en el Recurso de Exhibición Personal (Correctivo) con orden de ingreso en este Tribunal No.210=06.

LUCILA CRUZ MENENDEZ
SECRETARIA GENERAL

LÍMITES A LA CONTINUACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES COMO CONSECUENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Sinopsis: El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México dictó la presente sentencia con motivo de la promoción de un juicio para la protección de los derechos político- electorales del ciudadano. Este recurso fue presentado por una persona en régimen de prelibertad a quien, por esa razón y por suponer que se encontraban suspendidos sus derechos político- electorales, la autoridad competente le negó la expedición de la “credencial para votar con fotografía”. Lo anterior, en opinión del actor, era violatorio de su derecho a votar y ser votado. El Tribunal Electoral precisó, en primer lugar, que la suspensión de los derechos político- electorales es accesoria a la pena de prisión y que, en consecuencia, corre la suerte de ésta. Señaló que al ser sustituida la pena de prisión por una no corporal, como la derivada del régimen de prelibertad, la persona debe ser restituida inmediatamente en el uso y goce de sus derechos político- electorales, siempre y cuando no sea revocada la preliberación. Asimismo, determinó que en tanto el sistema penal y penitenciario mexicano se orienta a favor de la readaptación social, la rehabilitación de los derechos político- electorales facilita este proceso por lo que la continuación de su suspensión es innecesaria y desproporcionada. Con base en lo anterior, el Tribunal ordenó a la autoridad electoral la expedición de la credencial para votar en favor del solicitante. En esta sentencia, la instancia judicial se refirió a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad y a diversa jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Synopsis: *The Electoral Tribunal of the Federal Judiciary of Mexico delivered this judgment for the protection of the citizen's political-electoral rights. The remedy was filed by a person under parole to whom, for this reason and for considering that his political-electoral rights were suspen-*

LÍMITES A LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

ded, the competent authority denied the issuance of the “identity photo voting card”. The foregoing, according to the plaintiff, was in violation of his right to vote and be voted. The Electoral Tribunal pointed out, in the first place, that the suspension of the political-electoral rights is incidental to the penalty of imprisonment and that, as a consequence, the accessory follows the same fate of the principal. It emphasized that by replacing the penalty of imprisonment with a non-corporeal penalty, as the one derived from the parole regime, the use and enjoyment of a person’s political- electoral rights must be immediately restored, as long as the parole is not revoked. Moreover, the Tribunal determined that given the fact that the criminal and penitentiary Mexican system positively aims at social readaptation, the reinstatement of political-electoral rights contribute to this process and therefore, the continuation of the suspension of such rights is unnecessary and disproportionate. Based on the foregoing, the Tribunal ordered the electoral authority to issue the voting card in favor of the applicant. In this judgment, the judicial instance referred to the United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures and different case-law from the United Nations Human Rights Council and the European Court of Human Rights.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN DE MÉXICO

JUIICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO
INTERPUESTO POR OMAR HERNÁNDEZ CABALLERO
EXPEDIENTE: SUP-JDC-20/2007
SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2007

México, Distrito Federal, a veintiocho de febrero de dos mil siete. VISTOS para resolver los autos del expediente indicado al rubro, integrado con motivo del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovido por Omar Hernández Caballero en contra de la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo de la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, de veinticinco de enero del año en curso, en el expediente VDRFE/25/DF/SECPV/01/07, a través de la cual se declaró improcedente la solicitud de expedición de credencial para votar del ahora enjuiciante, y

ANTECEDENTES

I. Acto Impugnado

El catorce de septiembre de dos mil seis, el Juez Ejecutor de Sentencias de Tenancingo, Estado de México, Gerardo López Colín, concedió al ciudadano Omar Hernández Caballero el régimen de prelibertad en la modalidad de presentaciones semanales al Centro Preventivo y de Readaptación Social de Nezahualcoyotl, México, en relación con la causa penal número 117/2003-1.

El seis de diciembre de dos mil seis, Omar Hernández Caballero acudió al módulo del Registro Federal de Electores, correspondiente al Distrito Electoral Federal 25 en el Distrito Federal, a tramitar la expedición de su credencial para votar. A este trámite correspondió el formato único de actualización y recibo número 0609252123865.

El ocho de enero de dos mil siete, el mencionado ciudadano, inició el trámite administrativo de solicitud de expedición de credencial para vo-

tar con fotografía, mediante escrito dirigido a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores. A dicha solicitud se le asignó el número de folio 0709252100798.

El veinticinco de enero del presente año, el Vocal del Registro Federal de Electores de la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal emitió resolución respecto de la solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía señalada en el párrafo precedente, resolución que, en lo conducente, dice:

“II. La solicitud de expedición de credencial para votar presentada por el C. Omar Hernández Caballero, es IMPROCEDENTE en razón de las siguientes consideraciones:

Su solicitud de expedición de credencial es improcedente, con base en la información disponible a nuestro alcance que emite el Centro de Consulta y Resguardo Documental (CECyRD) a través de su Sistema SIIRFE-Conciliaciones, en relación con el trámite que el ciudadano interpuso el día 06 de diciembre de 2006, en virtud de que aparece con el estatus de “Disponible en Resguardo Documental”, y con motivo de rechazo de FUAR “Suspensión de Derechos”, así como con estatus de la generación de credencial “pendiente de generar”, razón por la cual no se ha recibido su credencial en el módulo con numeral 092521, por lo que no se encuentra disponible para su entrega.

Se dejan a salvo sus derechos, para hacerlos valer a través de la demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, prevista por los artículos 151, párrafo 6, del ordenamiento legal citado, en relación con los artículos 79, 80 párrafo 1, inciso a), 81 y demás relativos aplicables de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Hágase del conocimiento del ciudadano que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral cuenta con un plazo de 4 días naturales 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 este sentido, se hace saber al ciudadano que podrá acudir a las oficinas de esta Vocalía del Registro Federal de Electores ubicadas en Av. Cuauhtémoc No. 6 bis, Colonia San Lorenzo Tezonco, Delegación Izta-palapa, o bien al Módulo de Atención Ciudadana donde presentó su soli-

cidad de expedición de credencial para votar, donde se le brindará la orientación correspondiente y podrá, si así lo desea, interponer el medio de defensa señalado en el párrafo anterior.

Por lo anteriormente expuesto y fundado se:

RESUELVE

PRIMERO: Es IMPROCEDENTE la Solicitud de Expedición de Credencial para Votar intentada, en términos de lo señalado en el considerando II de esta resolución.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al C. Omar Hernández Caballero.

Así lo resolvió y firma:

El Vocal del Registro Federal de Electores

Lic. José Osvaldo Ríos Noguera”.

II. Trámite y sustanciación

El mismo veinticinco de enero, a través del formato correspondiente, el ciudadano Omar Hernández Caballero promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, en contra de la resolución precisada en el resultando que antecede, con la cual, una vez recibida junto con las constancias atinentes, se integró el expediente al rubro citado, el cual fue turnado al magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar.

...

CONSIDERANDO

...

CUARTO. Estudio de fondo

De la lectura del escrito inicial de demanda del presente juicio se desprende que el actor expresa como único agravio que la resolución impugnada lo imposibilita a ejercer sus derechos político-electorales de vo-

tar y ser votado al no emitirle su credencial para votar con fotografía. Lo anterior a pesar de que el actor presentó copia simple de la sentencia que lo coloca en el régimen jurídico de prelibertad al demostrar, por distintas razones, que tiene un pronóstico de readaptación favorable después de cumplir parte de la sentencia que lo privó de su libertad y como consecuencia de ello le suspendió, entre otros, sus derechos político-electorales.

Asimismo, el actor establece que el agravio señalado le impide ejercer un derecho que la Constitución General de la República le otorga como ciudadano mexicano, a pesar de haber realizado todos los actos previstos en la ley para cumplir los requisitos que exige el artículo 6o, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que son los necesarios para ejercer su derecho al sufragio. Es preciso señalar que, a pesar de que el motivo de inconformidad esgrimido en el escrito de demanda y en las constancias de autos señalan que el actor se refiere a la determinación emitida por el Vocal del Registro Federal de Electores en la 25 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Federal Electoral del Distrito Federal y aunque el enjuiciante invoca únicamente el artículo 6 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, esta Sala Superior suple la deficiencia en la argumentación del mismo, así como del derecho invocado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 23, párrafos 1 y 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esta Sala Superior considera sustancialmente fundado lo que a manera de agravio formula el promovente, por las razones y puntos de derecho que se expresan a continuación.

En los argumentos referidos y del informe circunstanciado se advierte que, en esencia, el promovente aduce que el acto impugnado le causa agravio, puesto que fue rechazada su solicitud de entrega de credencial para votar con fotografía, con lo que se le impide ejercer el derecho al sufragio que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El agravio formulado al respecto se estima fundado y suficiente para acoger la pretensión del actor, a partir de los argumentos expuestos en la demanda y en las constancias de autos, que la autoridad responsable infringió los artículos 35, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 4, apartado 1, 139, 140 y 145, del Código

Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; en razón de lo siguiente:

Conforme con lo dispuesto en los artículos 35, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 4, apartado 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, cabe concluir que los ciudadanos mexicanos tienen el derecho de votar en las elecciones populares.

Para ejercer el derecho a sufragar, los ciudadanos deben cumplir con los requisitos establecidos por las leyes electorales para tal efecto, tales como aparecer en la lista nominal correspondiente y contar con la credencial para votar con fotografía, según se desprende de los artículos 139, 140 y 145 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; puedan obtener la credencial para votar con fotografía, y estén inscritos en la lista nominal respectiva

Con la satisfacción de los requisitos mencionados, los ciudadanos podrán participar, tanto en las elecciones federales, como en las locales.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales regula el trámite para la realización de los movimientos necesarios, a fin de obtener la credencial para votar con fotografía.

En el presente caso, el C. Omar Hernández Caballero fue suspendido en sus derechos político-electorales por ser condenado a una pena corporal por el Juez Primero Penal de Primera Instancia de Tlanepantla, Estado de México, impuesta en la causa penal 117/2003-1. Lo anterior como consecuencia de ser declarado culpable de la comisión de un delito y sentenciado a cumplir una pena de cinco años, siete meses y quince días de prisión.

I. Suspensión de Derechos. Conforme con lo establecido en la Constitución General de la República, en el artículo 38 fracciones III y VI, los derechos de los ciudadanos se suspenden durante la extinción de una pena corporal y/o por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

En el primer supuesto la suspensión de los derechos es una pena accesoria derivada de la pena corporal. En el segundo supuesto la suspensión de los derechos es en sí la pena principal, como en el caso de las penas impuestas por la comisión de algunos delitos electorales.

LÍMITES A LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

En el presente caso, la suspensión de los derechos político- electorales del actor operó como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión, ya que la sentencia que impuso dicha pena al hoy actor, no impone la suspensión de tales derechos expresamente, es decir, como pena principal o independiente sino como accesoria.

Es indispensable referirse a la parte final del mismo artículo 38 que a letra dice:

“La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos del ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación”.

El Código Penal del Estado de México recoge lo antes expuesto en el artículo 43:

“Artículo 43.- La suspensión de derechos es de dos clases:

I. La que por ministerio de ley es consecuencia necesaria de otra pena; y

II. La que se impone como pena independiente.

En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la pena de que es consecuencia.

En el segundo caso, si se impone con otra pena privativa de libertad, comenzará al quedar compurgada ésta; si la suspensión no va acompañada de prisión, empezará a contar desde que cause ejecutoria la sentencia”.

El Código también establece en el artículo 23 que “La prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de tres meses a setenta años y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad”.

Aunado a lo anterior, el artículo 44 del mismo código determina que es la prisión la que suspende los derechos y que al terminar esta operará la rehabilitación.

“Artículo 44.- **La prisión** suspende o interrumpe los derechos políticos y de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, interventor de quiebra, árbitro y representante de ausentes.

Concluido el tiempo o causa de la suspensión de derechos, la rehabilitación operará sin necesidad de declaratoria judicial”.

En el mismo sentido se orienta la tesis de jurisprudencia I.6°.P.J/8 identificada con el rubro DERECHOS POLÍTICOS. CORRESPONDE

A LA AUTORIDAD JUDICIAL DECRETAR SU SUSPENSIÓN, POR SER UNA CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, AUNQUE NO EXISTA PETICIÓN DEL ÓRGANO ACUSADOR EN SUS CONCLUSIONES¹, cuya transcripción nos arroja lo siguiente:

“El artículo 38 constitucional establece los supuestos en que los derechos de los ciudadanos se suspenden, entre otros, durante la extinción de una pena de prisión. En tanto que el diverso numeral 21 de la Ley Fundamental dispone que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. De manera que **la interpretación sistemática del artículo 57, fracción I, en concordancia con el diverso 30, fracción VII, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, conlleva a sostener el criterio de que la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por el delito que se hubiese cometido, debe ser decretada por la autoridad judicial, aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones.** En esa tesitura, es incorrecta la determinación de la Sala responsable contenida en la sentencia reclamada de dejar insubsistente la determinación del a quo que decretó la suspensión de los derechos políticos del acusado, por estimar que no estuvo apegada a derecho, porque no podía ordenar dicha suspensión, ya que ésta deriva de lo dispuesto expresamente en la Constitución General de la República, y lo único que procede es enviar la información respectiva a la autoridad electoral para que ella ordene la suspensión. **Esto es así, en virtud de que la suspensión de este tipo de derechos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por la comisión de un delito, debe ser decretada necesariamente en la sentencia por la autoridad judicial y no por la autoridad electoral, a quien únicamente le corresponde ejecutar dicha pena impuesta por la autoridad judicial local o federal,** según se trate, tal como se desprende del artículo 162, numeral 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que obliga a los juzgadores que dicten resoluciones en las que decreten la suspensión o privación de derechos políticos a notificarlo al Instituto Federal Electoral, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la respectiva resolución”.

¹ Tesis de la Novena Época del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI Enero de 2005, página 1547 y en la página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación www.scjn.org.mx.

De todo lo anterior puede concluirse que la suspensión y rehabilitación de derechos, están estrechamente ligadas a la prisión, esto en concordancia con la parte final del artículo 38 constitucional.

II. Rehabilitación de Derechos. En el caso particular el promovente fue suspendido en sus derechos político-electorales por cometer un delito merecedor de pena corporal, pero al momento en que se le concedió el régimen de prelibertad sin que fuera necesario declaratoria judicial, quedó rehabilitado en sus derechos ciudadanos.

Lo anterior es así a pesar de que no haya concluido el tiempo establecido en la sentencia que fijó la pena original y sin importar que la sentencia que otorgó el régimen de prelibertad, no concediera la rehabilitación de sus derechos ciudadanos ex- presamente.

Lo dicho, encuentra respaldo, por analogía, en la Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 74/2006 identificada con el rubro SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. AL SER UNA SANCIÓN ACCESORIA DE LA PENA DE PRISIÓN CUANDO ÉSTA ES SUSTITUIDA INCLUYE TAMBIÉN A LA PRIMERA² que a continuación se transcribe:

“Conforme al artículo 38, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al numeral 57, fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la suspensión de derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su naturaleza es accesoria, pues deriva de la imposición de la pena corporal y su duración depende de la que tenga ésta; de ahí que su aplicación no corresponda al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo. En esa virtud, cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos como pena accesoria de la primera, sigue la misma suerte que aquella, pues debe entenderse que se sustituye la pena en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos que le es accesoria”.

Conviene precisar que la *ratio essendi* de la tesis de jurisprudencia antes transcrita, consiste en lo siguiente:

² Contradicción de tesis 8/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Noveno, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 27 de septiembre de 2006. Consultable en la *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XXIV* Diciembre de 2006, página 154 y en la página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación www.scjn.org.mx.

En atención a la naturaleza accesoria de la suspensión de derechos político-electorales como consecuencia necesaria de la prisión, debe señalarse que cuando esta última es sustituida, la suspensión sigue la misma suerte que aquélla, por lo que cuando la pena principal es sustituida, debe entenderse que lo es en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos.

Cabe precisar que lo anterior es aplicable para cualquier sustitutivo (multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, tratamiento en libertad o semilibertad), pues cuando la pena de prisión es sustituida por cualquier sustitutivo, incluye la suspensión de derechos políticos.

En efecto, si la pena de prisión es sustituida ya sea por multa, trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, o bien, por tratamiento en libertad o semilibertad, dicha pena queda totalmente sustituida, lo cual implica que la sustitución incluye la suspensión de derechos políticos, quedando únicamente la pena por la que fue sustituida.

En otras palabras, la naturaleza de la pena sustitutiva resulta irrelevante para considerar que cuando la pena de prisión es sustituida, tal sustitución incluye la suspensión de derechos políticos que le es accesoria.

Ahora, resulta conveniente señalar que la figura de sustitución de penas, no se equipara a la de su extinción, salvo cuando la sustitutiva es una multa.

La sustitución de penas sólo constituye una forma alterna que se confiere a favor del reo para que cumpla con la pena impuesta, cuya justificación se identifica con la prevención especial para lograr la readaptación del sentenciado. Es decir, el beneficio es consecuencia de la sustitución de la pena. En el presente caso se sustituyó una pena privativa de la libertad, la prisión, por una pena restrictiva de la libertad, la prelibertad.

III. El Régimen de Prelibertad. En los artículos 189, 196, 198, 199, 200, 201 y 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, se establece lo siguiente:

“Artículo 189. El juez ejecutor de sentencias, tendrá las siguientes atribuciones:

...

VI. Solicitar a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social dictamen del Consejo Técnico Interdisciplinario en relación a la aplicación

LÍMITES A LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

de las medidas de preliberación, remisión parcial de la pena y libertad condicional;

VII. Resolver sobre el otorgamiento del tratamiento preliberacional contenido en esta ley, apoyándose en los dictámenes técnicos e informes emitidos por los Consejos Técnico e Interno Interdisciplinarios correspondientes;

...

Artículo 196. El tratamiento preliberacional tiene por objeto la reincorporación social del individuo.

Artículo 198. La prelibertad se podrá otorgar:

I. Dos años antes del cumplimiento de las tres quintas partes de la pena de prisión impuesta tratándose de delitos dolosos, o

II. Dos años antes del cumplimiento de las dos cuartas partes de la pena de prisión impuesta en el caso de los delitos culposos.

Lo anterior en correlación con el beneficio de la remisión parcial de la pena.

Artículo 199. La prelibertad deberá ser concedida en forma gradual y sistemática por el juez executor de sentencias, atendiendo a los dictámenes técnico jurídico emitido por el Consejo Interno y Técnico Interdisciplinarios correspondientes.

Artículo 200.- Las modalidades de la prelibertad son las siguientes:

I. Salida del Centro Preventivo y de Readaptación Social de dos días a la semana;

II. Salida diurna, reclusión nocturna y de sábados y domingos;

III. Salida diurna y reclusión nocturna;

IV. Salida diurna y reclusión nocturna con salida de sábados y domingos;

V. Reclusión de dos días a la semana;

VI. Presentación semanal al Centro Preventivo y de Readaptación Social; y

VII. Presentación quincenal al Centro Preventivo y de Readaptación Social.

Artículo 201. Al ser concedida la prelibertad, en cualquiera de sus modalidades, el juez executor de sentencias del Centro Preventivo y de Readaptación Social correspondiente, deberá advertir al preliberado que tendrá que ocurrir a la institución que le haya sido señalada para hacer sus presentaciones; de informar de sus cambios de domicilio; de la obligación de desempeñar actividades lícitas; de la prohibición que tenga de ir a los lugares que se haya determinado en la resolución respectiva, así como observar una conducta intachable para con los demás y consigo mismo y cumplir con las demás medidas terapéuticas que se le hayan señalado.

Artículo 202. La prelibertad será revocada por el juez executor de sentencias en los siguientes casos:

I. Por cometer un nuevo delito, y que dentro del término constitucional resulte, probable responsable; dejándose sin efecto la revocación al existir resolución que lo deje en libertad definitiva;

II. Cuando incumpla las condiciones con que le fue otorgada, sin causa justificada; y

III. Cuando el interno presente conductas no acordes al tratamiento preliberacional instaurado”.

De las anteriores reproducciones se tiene que en los artículos 189 y 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, se prevé y regula la facultad del Juez ejecutor de sentencias para que resuelva sobre el otorgamiento del tratamiento preliberacional.

La procedencia del beneficio de sustitución de pena por el régimen de prelibertad se podrá otorgar dos años antes del cumplimiento de las tres quintas partes de la pena de prisión impuesta tratándose de delitos dolosos, o dos años antes del cumplimiento de las dos cuartas partes de la pena de prisión impuesta en el caso de los delitos culposos. Dicha prelibertad deberá ser concedida en forma gradual y sistemática por el juez ejecutor de sentencias, atendiendo a los dictámenes técnico jurídico emitido por el Consejo Interno y Técnico Interdisciplinarios correspondientes.

Conviene destacar que el Juez podrá dejar sin efectos la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto.

En esas condiciones, resulta que si se deja sin efectos la sustitución y se ordena la ejecución de la pena de prisión, ésta llevará consigo la accesoria de suspensión de derechos políticos, es decir, se ejecutará la pena de prisión, así como la suspensión de derechos políticos.

Cabe destacar que, si bien en algunos casos, son autoridades administrativas las encargadas de otorgar determinados beneficios a los reos que muestren determinadas conductas y cumplan con ciertos requisitos legalmente establecidos, en el caso es una autoridad jurisdiccional la que otorgó el régimen de prelibertad en sustitución de la pena de prisión.

Asimismo, la resolución que emita el Juez Ejecutor de Sentencias no es definitiva, pues la misma puede ser revocada: a) cuando el reo cometa un nuevo delito, y que dentro del término constitucional resulte, probable responsable (en el entendido de que puede dejarse sin efecto la revocación al existir resolución que lo deje en libertad definitiva) b)

cuando incumpla las condiciones con que le fue otorgada, sin causa justificada, y c) cuando el interno presente conductas no acordes al tratamiento preliberacional instaurado.

Es importante destacar que el régimen de preliberación tiene por objeto la reincorporación social del individuo lo cual concuerda plenamente con lo señalado en el artículo 18 de la Constitución General de la República que obliga a las autoridades mexicanas a organizar un sistema penal orientado a la readaptación social del delincuente, lo que deriva en ciertos beneficios que pueden o deben otorgarse, según sea el caso, cuando ello sea procedente.

IV. Readaptación del Individuo. En general se reconoce el derecho de todo Estado de ejercer su derecho punitivo a través de un sistema de derecho penal que se oriente a la supresión de conductas delictivas, a la sanción de los responsables, a la reparación de las víctimas y a la prevención del delito. Siendo un principio constitucional básico y un elemento distintivo de todo Estado democrático el que todo régimen punitivo se oriente a cumplir con las finalidades últimas del derecho penal, entre ellas, la readaptación social del individuo.

Por consiguiente, las penas deben orientarse de forma tal que sean compatibles con los valores constitucionales y democráticos y, por tanto, no se establecen como un instrumento de severa venganza o castigo a los responsables de la comisión de un delito sino como una medida necesaria orientada a la readaptación social del individuo y a la prevención del delito. La readaptación social constituye uno de los principios fundamentales del derecho penal ejecutivo reconocido en el artículo 18 de la Constitución General de la República, el cual, en su párrafo segundo, dispone que los Gobiernos de la Federación y de los Estados “organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”.

De conformidad con el texto constitucional, el sistema penal y penitenciario mexicano se orienta a favor de la readaptación social como objetivo de la pena. Con ello se pretende que el individuo vuelva a conformar su conducta al orden jurídico vigente y para ello la legislación prevé diferentes medidas, tales como el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

La rehabilitación social del individuo, en tanto principio fundamental de derecho penal ejecutivo reconocido constitucionalmente, es un medio extintivo de la potestad ejecutiva del Estado y su objeto es reintegrar en el goce y ejercicio de los derechos que se hayan perdido o suspendido en virtud de una sentencia judicial.

Los diferentes sustitutivos y correctivos de la pena de prisión están encaminados, precisamente, a contribuir a la readaptación del individuo y a la rehabilitación de sus derechos y no a dificultarla o retardarla injustificadamente. En la especie, dado que la suspensión de los derechos políticos del actor fue la consecuencia normativa accesoria al establecimiento de una pena principal, la modificación del régimen de prisión por el de preliberación que, en el caso particular, no incluye alguna forma de reclusión, en tanto sustitutivo o correctivo de la pena principal, conlleva a la rehabilitación de sus derechos como una medida de readaptación social que posibilite el ejercicio de sus derechos políticos-electorales.

Por cuanto hace a la readaptación del ahora actor la sentencia que le otorga el régimen de preliberación señala lo siguiente:

“Se advierte que el interno ha trabajado un total de ochocientos noventa y seis días (896) al trece de julio del año dos mil seis, en actividades artesanales, considerándose su rendimiento laboral como bueno; según informe educativo que aparece agregado a fojas número treinta (30) del sumario en estudio, se aprecia que el interno estudia actualmente el nivel propedéutico de preparatoria que le hacen acreedor a un total de quinientos cuarenta y nueve días (549) de estudios realizados; asimismo se advierte que en su calidad de alumno ha estado participando con interés y responsabilidad hacia las actividades reeducativas, con más compromiso que le permita lograr una integración adecuada y un trabajo académico con avances significativos; conforme a la evaluación realizada por el área de Seguridad y Custodia del Centro de Reclusión tantas veces referido y que obra a fojas número cuarenta (40) del expediente del estudiado, se desprende que OMAR HERNÁNDEZ CABALLERO, posee una conflictividad baja, buenos hábitos en su higiene personal, en limpieza en su área, puntualidad y disciplina; sí respeta a las autoridades, a sus compañeros, a las propiedades de la institución y de sus compañeros...”

Es un criterio reiterado de esta Sala Superior, reconocido también por otras instancias internacionales, que los derechos político-electorales no son derechos absolutos sino que pueden estar sujetos a restricciones, siempre que las mismas estén previstas en la legislación, sean objetivas y razo-

nables y respondan a un fin legítimo. En este sentido, atendiendo a las circunstancias del caso en particular, se considera que la suspensión de los derechos políticos del actor es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal previsto constitucional basado en la readaptación social del individuo, pues al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria, no existe una necesidad social imperiosa que justifique el mantenimiento de la suspensión de derechos político-electorales cuando se ha sustituido la pena de prisión con el régimen de preliberación, que no incluye alguna forma de reclusión, máxime si con la rehabilitación de sus derechos se facilita su readaptación social.

Siendo, además, un hecho notorio que se confirma a partir de la experiencia, en los términos de los artículos 15, párrafo 1, y 16 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el que la credencial de elector, además de ser un requisito legal para el ejercicio de los derechos político-electorales, es un documento de identidad de innegable utilidad práctica que facilita el ejercicio de otros derechos cívicos, lo cual contribuye, en casos como el presente, al referido proceso de readaptación social.

Esta interpretación *pro cive* refleja la tendencia internacional y comparada de establecer medidas sustitutivas de la prisión siempre que se guarde un adecuado equilibrio entre las necesidades de readaptación del delincuente, sus derechos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

Así, lo refieren, por ejemplo, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la Libertad* (Reglas de Tokio) cuando disponen, en su numeral 3.10, que durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad “los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excluyan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida”. Siendo una de las medidas sustitutivas posteriores a la sentencia el régimen de preliberación o libertad condicional.

Al respecto, la sentencia judicial que determinó la sustitución del régimen de prisión al de prelibertad en ningún momento se refirió a la necesidad de mantener la suspensión de los derechos políticos del condenado, sino por el contrario procuró la medida de prelibertad como una medida que facilite la readaptación social del ahora actor, en el entendido de que

el ejercicio de sus derechos político-electorales, particularmente, por cuanto hace a su derecho de que se le expida la credencial de elector, contribuye a tal finalidad sin que por ello se vulnere una norma o principio constitucional o legal alguno.

Lo anterior está acorde con el principio de intervención mínima del *ius puniendi* de todo Estado democrático reflejado en la tendencia internacional.

Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs. Reino Unido*³ estimó que extender la suspensión del derecho al sufragio de forma abstracta, general e indiscriminada era incompatible con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente del Convenio Europeo en la materia. Lo anterior, entre otras razones porque no existe una liga entre la suspensión de los derechos políticos y la supresión de la criminalidad, siendo que la supresión del derecho al sufragio podría, de manera co-lateral, actuar contrariamente a la readaptación social del individuo.

En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar que la limitación injustificada del ejercicio del derecho al sufragio a los condenados constituye una sanción adicional que no contribuye a la rehabilitación social del detenido.⁴

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Canadá en el caso *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, estimó que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de voto, a ciudadanos que se encontraban encarcelados. Dicho de otro forma, “la autoridad no ofreció ninguna teoría creíble que justificara por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal”.⁵

La Suprema Corte de Israel discutía en 1996 la suspensión de los derechos de ciudadanía de Yigal Amir, quien fuera el asesino del Primer Ministro Yitzak Rabin⁶, para finalmente favorecer al ciudadano.

³ *Hirst vs. United Kingdom* (no. 2) (No. 74025/01), Decisión de 30.0.2004.

⁴ Naciones Unidas, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. CCPR/CO/73/UK; CCPR/CO/73/UKOT, 6 de diciembre de 2001, pár. 10.

⁵ *Sauve v. Canada (Chief Electoral Officer)*. Decisión de Octubre 31, 2002. 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Docket: 27677

⁶ *Cf. HC 2757/96, Hilla Alrai v. Minister of Interior et al.*, p. 50(2) PD 18 (1996)

Igualmente, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en 1999 se pronunció por el carácter universal de los derechos políticos como aspecto fundamental en términos de civilidad y de democracia.⁷ En el mismo sentido otros países han limitado la restricción del derecho de sufragio a favor de los condenados entre ellos, Japón, Perú, Noruega, Polonia, Ken-ya, Dinamarca, Republica Checa, Rumania, Zimbabwe, Holanda, Suecia, Francia y Alemania.⁸

Lo anterior ilustra una tendencia internacional hacia una minimiza-ción del *ius puniendi*⁹ del Estado a favor de la readaptación de los indivi-duos y hacia proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando ella no está justificada.

Por otra parte, es criterio reiterado de esta Sala Superior que la suspensión de los derechos político-electorales de los ciudadanos opera *ipso facto*, sin necesidad que medie declaración previa de la autoridad judicial, en el momento que el ciudadano sea sujeto a un proceso criminal que pueda resultar en la imposición de una pena privativa de la libertad.¹⁰

⁷ *August and another v Electoral Commission and others. Constitutional Court CCT8/99*, 1 de Abril de 1999.

⁸ *Penal Reform International* cit. por *Fellner y Mauer, Losing the Vote, The Impact of Felony Disenfranchisement Laws in the United States, Washington, Right to Vote* (1998), p. 151.

⁹ Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la Prisión*, México, Instituto Nacional de Cien-cias Penales, 2004, p. 238.

¹⁰ S3EL 003/99 La suspensión de derechos político-electorales del ciudadano, por en-contrarse sujeto a un proceso criminal, por delito que amerite la imposición de una pena privativa de libertad, opera *ipso facto*, esto es, basta estar en el supuesto señalado en esa norma constitucional, para que, instantáneamente, la autoridad electoral encar-gada de organizar todo lo relativo a las elecciones, a través de la que le corresponde el control del padrón electoral, se encuentre facultada, tan luego como conozca el acontecimiento relativo, para impedir el libre ejercicio del derecho político de sufra-gar, sin necesidad de declaración previa de diversa autoridad; de suerte que, si la au-toridad electoral responsable tiene la obligación de tener actualizado el padrón elec-toral y dar de baja del mismo a las personas que se encuentren inhabilitadas para ejercer sus derechos políticos, ningún perjuicio causa al negar la solicitud respectiva de inclusión en la lista nominal de electores, si el peticionario se ubica en el supuesto de suspensión que el invocado precepto constitucional prevé (Tesis Relevante S3EL 003/99 publicada en la página 491, de la *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Te-sis Relevantes 1997-2005*, tomo Tesis Relevantes).

Lo anterior confirma que la suspensión de derechos, en este caso, está estrechamente ligada con la privación de la libertad y al extinguirse dicha privación, la rehabilitación de los derechos político-electorales opera de manera *ipso facto*.

Es preciso destacar que si la suspensión de los derechos político-electorales opera de manera inmediata al restringirse la libertad física del individuo, es congruente y lógico que la rehabilitación de los derechos opere de la misma manera. En otras palabras, que en el momento en que al individuo se le concede la libertad (en cualquiera de sus modalidades, plena libertad, prelibertad, semilibertad o libertad condicionada) la rehabilitación de sus derechos ciudadanos opera *ipso facto*.

No es obstáculo para lo anterior el que ciudadano Omar Hernández Caballero haya presentado únicamente copia simple de la sentencia que le otorgó la prelibertad, pues la responsable tenía la obligación de reinscribirlo en el Padrón Electoral y tramitar su Credencial para Votar con Fotografía. Esto es así ya que al ser un trámite personal y al encontrarse físicamente en el módulo correspondiente del Instituto Federal Electoral, el ciudadano comprueba que se encuentra gozando de su libertad. Es importante destacar que la copia simple presentada por el actor a la autoridad electoral coincide plenamente con la copia certificada remitida por el Juez Ejecutor de Sentencias de Tenancingo, Estado de México, el trece de febrero en atención al requerimiento formulado por el magistrado instructor el seis de febrero del presente año.

Aunado a lo anterior y en concordancia con el principio *in dubio pro cive*, que establece que la autoridad electoral, administrativa o jurisdiccional, debe procurar que los derechos de los ciudadanos se observen, la responsable debió adoptar un criterio más flexible para permitir al promovente participar en la vida política del país.

Todo lo anterior conduce a razonar que el promovente se encontraba en goce de sus derechos ciudadanos en el momento que se dio el acto ahora impugnado. Esto debido a que en el presente caso se sustituyó la pena de prisión por un régimen de prelibertad y dicha sustitución incluye la pena accesoria, es decir, la suspensión de los derechos políticos.

Consecuentemente, lo procedente es considerar fundado el agravio deducido del escrito de demanda presentado por el actor, y con

fundamento en los artículos 17 constitucional, y 6, párrafo 3, 22 y 84, párrafo 1, inciso b), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, debe revocarse la resolución impugnada del veinticinco de enero del presente año, dictada en el expediente VDRFE/25/DF/SECPV/01/07, a efecto de restituir al promovente en el uso y goce de sus derechos político-electorales de votar, siempre que no sea revocado el régimen de preliberación en el que se encuentra, y se ordena a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo en la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, incluir al ciudadano Omar Hernández Caballero en el Padrón Electoral, expedirle una nueva Credencial para Votar con Fotografía, y una vez entregada esta última, inscribirlo en la lista nominal de electores correspondiente.

Por lo expuesto y fundado, de conformidad con los artículos 99, párrafo cuarto, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 9, 25, 84 y 85 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se

RESUELVE

PRIMERO. Se revoca, la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo en la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, de veinticinco de enero del año en curso, contenida en el expediente VDRFE/25/DF/SECPV/ 01/07.

SEGUNDO. Se ordena a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, por conducto del Vocal respectivo en la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal, proceda a expedir y entregar a Omar Hernández Caballero, previa identificación, su credencial para votar con fotografía, en un plazo máximo de quince días, contados a partir del día siguiente a aquel en que se le notifique la presente sentencia, incluyéndolo, desde luego, en la lista nominal correspondiente a su domicilio.

...

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Así lo resolvió, por unanimidad de votos, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ante la Secretaría General de Acuerdos, que autoriza y da fe. Conste.

...

EL DELITO DE DESACATO COMO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

Sinopsis: En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Honduras resolvió un recurso de inconstitucionalidad mediante el cual el Fiscal General de la República solicitó la declaración de que el delito de desacato es violatorio de los derechos a la igualdad y a la libertad de pensamiento y de expresión. En su análisis, la Corte estableció, conforme a la tipificación interna del desacato, que este delito supone una prerrogativa de privilegio en favor de los servidores públicos y que, por lo tanto, se constituye en un fuero especial del cual no goza el ciudadano ordinario. Consideró que en tanto que las ofensas que lo constituyen —amenazas, injurias, calumnias, insultos o cualquier otro modo de ofensa dirigida en contra de los servidores públicos— son delitos públicos y, por lo tanto, perseguibles de oficio, mientras que esas mismas ofensas al ser dirigidas contra particulares son delitos privados y de instancia, precisamente, particular, no se justifica la proporción de equidad dispuesta por el legislador conforme a la Constitución de ese país. Asimismo, al ser perseguible de oficio y al no requerir la comprobación de la veracidad de lo expresado, la Corte estimó que el delito de desacato restringe la crítica y el señalamiento a los servidores públicos a la vez que limita la posibilidad de denuncia de los ciudadanos para un funcionamiento correcto y honesto de los entes públicos. Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la tipificación del delito de desacato por ser violatorio del derecho a la igualdad y a la libertad de pensamiento y de expresión. Entre otros, la Corte se basó en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se refirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DELITO DE DESACATO COMO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS

***Synopsis:** In this case, the Supreme Court of Justice of Honduras issued a ruling regarding an appeal of unconstitutionality by which the Attorney General of the Republic requested the court to declare that the crime of contempt violated the rights to equality and freedom of thought and expression. In the analysis, the Court established, according to the domestic definition of contempt, that this crime implies a privilege in favor of public servants and that, therefore, it turns into a special venue which the ordinary citizen does not enjoy. It considered that in view of the fact that the offences involved – threats, slander, libel, insults or any other way of offending civil servants – are public crimes and thus, can be prosecuted ex officio, as long as those same offenses are addressed against private individuals are private crimes and, thus, can be prosecuted at the request of a party, it does not precisely justify the proportion of equality provided for by the legislator according to the Constitution of that country. Furthermore, since the crime can be prosecuted ex officio and there is no need to confirm the veracity of what was said, the Court deemed that the crime of contempt imposes a restriction on the criticism and on the statements made by civil servants at the same time that limits the possibility of citizens to claim for a correct and honest operation of the public entities. Based on the foregoing, the Supreme Court of Justice declared the crime of contempt to be unconstitutional since it violated the right to equality and freedom of thought and expression. Among others, the Court based its decision on the American Convention on Human Rights and the Declaration of Principles on Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights. Moreover, it referred to the International Covenant on Civil and Political Rights, the Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE HONDURAS

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2005

CERTIFICACIÓN La infrascrita Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, certifica la sentencia que literalmente dice: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, veintinueve de abril de dos mil cinco. VISTO: Para dictar sentencia el Recurso de Inconstitucionalidad en razón de contenido, que por vía de acción ha interpuesto ante este Supremo Tribunal de Justicia, en fecha veinticuatro de octubre de dos mil tres, el Ministerio Público, a través del entonces Fiscal General de la República Abogado ROY EDMUNDO MEDINA, mayor de edad, casado y de este domicilio, en representación de los intereses generales de la sociedad, para que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del artículo 345 del Código Penal (Decreto Número 144-83), precepto en el cual se tipifica el delito de desacato, y que fuera reformado primero, en Decreto número 191-96, y, por último, en Decreto Número 59-97. RESULTA: Que en fecha cinco de enero de dos mil cuatro, éste Tribunal de Justicia dictó providencia mediante la cual ordeno dar vista de los autos al recurrente por el término de cuarenta y ocho horas para que formalizará por escrito su petición. RESULTA: Que en fecha diecisiete de febrero de dos mil cuatro, compareció ante esta Corte Suprema de Justicia el Abogado Roy Edmundo Medina, de generales expresadas, evacuando la vista de la siguiente manera: “1. En el escrito en que se interpuso el recurso se demostró, de manera clara y contundente, la contradicción evidente que existe entre el artículo 345 del Código Penal y sus reformas, y los artículos 60 y 72 de la Constitución de la República. En cuanto al primero, es indiscutible que la figura del desacato implica un privilegio para los servidores del Estado con relación a las personas no investidas de funciones públicas; el indicado precepto constitucional proscribire, precisamente, los privilegios. Y, en cuanto, al artículo 72, igualmente es evidente que con el delito de desacato se atenta contra el derecho a la libertad de expresión, por cuanto se restringe el espacio de crítica de los servidores públicos, que deben, con base en la esencia republicana de nuestro régimen, estar sujetos permanentemente al escrutinio de la opi-

nión pública; es así, de esa manera, como la sociedad puede controlar el quehacer de quienes desempeñan funciones públicas. No debe, pues, mantenerse la figura del desacato en el catálogo de delitos contenido en nuestro Código Penal. 2. Es importante señalar que si se declara inconstitucional el precepto que se cuestiona y, en consecuencia, queda derogado, los bienes jurídicos libertad y honor de los funcionarios públicos no quedan desprotegidos, ya que les queda expedita la acción para proceder en contra de quienes los amenacen, calumnien, injurien o difamen, en la misma forma que los puede hacer cualquier persona no investida de autoridad. En el Código Penal se encuentran tipificados los delitos que amparan los bienes jurídicos mencionados, y en el Código Procesal Penal se establece el procedimiento especial a seguir, para proceder contra quienes incurran en ilícitos de acción privada (injurias, amenazas, difamación), y en cuanto al de amenazas, por ser de acción pública, habrá que seguir el procedimiento ordinario establecido en el mismo ordenamiento. 3. Resulta, de lo antes expuesto, que no cabe discusión en cuanto a la colisión del artículo 345 del Código Penal y sus reformas, con los artículos 60 y 72 de la Constitución de la República. Es imperativo, en consecuencia, que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de aquel precepto. Por todo lo anterior, con el mayor de los respetos, pido: que, previos los demás trámites del caso, se dicte sentencia declarando inconstitucional con efectos generales e inaplicable el artículo 345, reformado por Decreto Número 59-97, y, en consecuencia, derogándolo; por último, hacer del conocimiento del Soberano Congreso Nacional tal decisión, a efecto de que la haga publicar en el Diario Oficial “La Gaceta”. RE- SULTA: Que en fecha dieciocho de febrero de dos mil cuatro, este Tribunal de Justicia emitió providencia mediante la cual admitió el escrito y tuvo por formalizado el recurso de inconstitucionalidad por parte del Abogado Roy Edmundo Medina, en consecuencia omitió el traslado de los autos al Fiscal del Despacho por ser el Ministerio Público el recurrente. CONSIDERANDO: Que esta Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conoce la Garantía de Inconstitucionalidad que por vía de acción interpuso por razón de contenido, el Abogado Roy Edmundo Medina en su condición de Fiscal General de la República, en contra del Artículo 345 del Código Penal (Decreto Legislativo Número 144-83), el cual fue reformado primero por el Decreto Legislativo No. 191-96 y luego por el Decreto Legislativo No. 59-97, demandando que se declare su inconstitucionalidad e inaplicabilidad.

CONSIDERANDO: Que la Constitución de la República establece el control directo de la constitucionalidad de las leyes, al declarar que quien tenga un interés directo, personal y legítimo puede interponer por vía de acción ante la Honorable Corte Suprema de Justicia la Garantía de Inconstitucionalidad, contra una ley que considere ser contraria a la norma fundamental; determinando que la sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de una norma, será objeto de ejecución inmediata, tendrá efectos generales y, por lo tanto, derogará dicha norma. [1]CONSIDERANDO: Que el recurrente al interponer la Garantía de Inconstitucionalidad alega que el delito de Desacato contenido en el artículo 345 reformado del Código Penal es inconstitucional ya que viola los derechos constitucionales de Igualdad ante la Ley y la Libre Emisión del Pensamiento, contenidos respectivamente en los artículos 60 y 72 de nuestra carta fundamental. El recurrente aborda la inconstitucionalidad por razón de contenido, expresando: a) Establece un privilegio para los servidores del Estado con relación a las personas no investidas de funciones públicas; y b) Restringe la posibilidad de crítica a las actuaciones de los servidores públicos en detrimento del escrutinio necesario de la opinión pública, como control para quienes desempeñan funciones públicas. CONSIDERANDO: Que tal como lo alega el Ministerio Público el artículo 345 reformado del Código Penal, le afecta en su interés personal, directo y legítimo, como ente encargado de velar por los derechos constitucionales y el imperio de la norma fundamental, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, numeral 3 de su ley [2]. Que además la Sala de lo Constitucional estima que la inconstitucionalidad del artículo impugnado supone una repercusión positiva para el recurrente, quien se encuentra por disposición de la ley, obligado a ejercer la acción penal pública en contra de aquellas personas que infrinjan este tipo penal, con la conciencia plena de que el mismo atenta contra los derechos constitucionales invocados en esta demanda, existiendo por tanto una razón o un motivo distinto al de la simple legalidad. En virtud de ello, la Sala de lo Constitucional estima legitimado al Ministerio Público para interponer el presente recurso. CONSIDERANDO: Que las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido; es decir, inconstitucionalidad formal y material, refiriéndose la primera a determinar si en la emisión de una ley se han seguido los procedimientos previstos en las normas constitucionales; y, la segunda a determinar la adecuación o no de la ley con una norma constitucional; el problema de

fondo consiste por tanto, en una labor de interpretación y confrontación de dos normas de distinta jerarquía, a fin de verificar su conformidad. CONSIDERANDO: Que en cuanto a la violación al derecho de igualdad alegado por el recurrente, esta Sala estima que la Igualdad como principio reviste un mandato que afecta todos los poderes públicos y tiene fuerza de irradiación en las relaciones con los particulares, incluyendo la actividad legislativa. El principio de Igualdad es una prohibición de discriminación. Quien invoca la violación a la igualdad como derecho, necesita demostrar que el trato discriminatorio es arbitrario; es decir, que no sea razonable o con fundamento, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados para alcanzar el objetivo perseguido. CONSIDERANDO: Que en el caso sub examine se demanda la inconstitucionalidad del delito de Desacato contenido en el Artículo 345 reformado del Código Penal, en virtud de que quebranta la igualdad entre los habitantes del país, estableciendo a favor de las y los funcionarios públicos un régimen de protección especial, o sea un fuero especial, el cual es por demás innecesario si se toma en consideración que la normativa penal general (Título III del Libro I del Código Penal) establece otros tipos penales que brindan a los bienes jurídicamente protegidos: libertad y honor, la salvaguardia necesaria. CONSIDERANDO: Que la Sala de lo Constitucional al estudiar detenidamente el caso en examen, determina que el delito de Desacato establece, arguyendo la auctoritas [3] y la dignitas[4] que el nombramiento o elección de las y los funcionarios supone, un régimen especial de protección a las y los servidores públicos, consistente en que las amenazas, injurias, calumnias, insultos o cualquier otro modo de ofensa dirigida en su contra son delitos públicos, en contraste a los delitos contra el honor, dispuestos para el resto de la población, que son de carácter privado y el delito de Amenazas que es un delito de Instancia Particular. Además se encomienda al mismo Estado, a través del Ministerio Público, la persecución de oficio de las personas que supuestamente atenten contra el honor de las y los funcionarios público; en cambio los particulares deben comparecer y accionar por si mismos, lo que evidentemente quebranta el principio de igualdad ante la ley. CONSIDERANDO: Que en atención a lo expuesto, a juicio de la Sala de lo Constitucional, se encuentra suficientemente acreditado, que el privilegio otorgado por el precepto penal impugnado a las y los servidores del Estado, quebranta los términos expresados en el artículo 60 de nuestra Constitución, en virtud de que no se encuentra justificada la pro-

porción de equidad dispuesta por el legislador; por el contrario, se advierte la adopción de una prerrogativa de privilegio para cierto sector por razón de auctoitas, constituyendo un contrasentido, si tomamos en consideración que este sector debe ser el más vigilado por la sociedad a fin de garantizar la transparencia de su gestión. CONSIDERANDO: Que, en cuanto a la violación del derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 72 de nuestra Constitución, cabe señalar que para el caso de los y las ciudadanas comunes, la punibilidad de los delitos contra el honor, se encuentra condicionada a la veracidad de las imputaciones, pero en el delito de “desacato” que se impugna, esta es inexistente, restringiendo la libre emisión del pensamiento en los términos referidos por el artículo 72 constitucional, tal como expone el recurrente; porque la razón o justificación de la ley de la excepción referida a la crítica o imputaciones dirigidas a la autoridad, debería garantizar la posibilidad de denuncia por parte de las y los ciudadanos para un correcto y honesto funcionamiento de los entes públicos. Es más, la Sala de lo Constitucional, estima que la necesidad de la veracidad de las imputaciones es mucho mayor, e inclusive imprescindible, cuando va referida al actuar de las y los revestidos de autoridad, por su valor como control social para garantizar la democracia. En este sentido el privilegio establecido por el artículo 345 reformado del Código Penal es un impedimento para la crítica y señalamiento público, en virtud de que por una parte cualquier imputación contra las y los servidores públicos son punibles y perseguibles de oficio, sin posibilidad de acreditar la veracidad de las imputaciones, creando un medio de impunidad intolerable en una sociedad democrática. CONSIDERANDO: Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el capítulo V de su informe anual, 1994, recomendó eliminar totalmente las leyes de desacato, por entender que: “el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas, se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan la violencia anárquica, son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 [5] y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”. CONSIDERANDO: Que la tendencia de las democracias modernas, es la eliminación de las Leyes de Desacato, por considerarlas contrarias al derecho de igualdad ante la ley

y una limitante al ejercicio del derecho de libertad de expresión, al establecer un fuero de excepción a favor de los funcionarios públicos, tal y como se recoge de los diversos informes y recomendaciones del relator Especial para la Libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos; asimismo La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala en su principio número 11: que “Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”. CONSIDERANDO: Que la sociedad hondureña, a través de sus legisladores, ha tomado recientemente la decisión de eliminar las inmunidades y privilegios para los altos funcionarios del Estado, al derogar la prerrogativa constitucional de inmunidad, por lo que es incongruente e inaceptable con esta posición que subsista y opere la figura penal del desacato como un fuero especial de protección a las y los funcionarios públicos. CONSIDERANDO: Que conforme lo expuesto, esta Sala determina que la figura del “Desacato”, quebranta también lo dispuesto en el artículo 72 constitucional al constituir un impedimento para el ejercicio de la libre emisión del pensamiento. En consecuencia procede declarar la inconstitucionalidad y por ende la inaplicabilidad del precepto impugnado. POR TANTO: La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete último y definitivo de la Constitución de la República, en nombre del Estado de Honduras, POR UNANIMIDAD de votos y haciendo aplicación de los artículos números: 1, 59, 60, 72, 80, 82, 184, 185, 303, 304, 313 atribución 5ta., 316 numerales 1 y 2, 315, 321, 323, 324, 328 y 332 de la Constitución de la República; 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 3, 14, 17, 19, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 4, 5, 18 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 11 y 74 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; 1 No. 2, 25, 28, 32 y 38 de la Ley de Amparo; 6 Atribución 5ta. del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, FALLA: HA LUGAR la Garantía de Inconstitucionalidad, por violar la norma impugnada los artículos 60 y 72 de la Constitución de la República, en consecuencia: DEROGA EL ARTÍCULO 345 DEL CODIGO PENAL, REFORMADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO No. 59-97, el cual fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta bajo el número 28,281 de fecha 10 de junio de 1997. Los efectos

de la presente sentencia son generales y de ejecución inmediata. Y MANDA: 1) Que se ponga en conocimiento y se certifique al recurrente el presente fallo; 2) Que se proceda a comunicar la presente sentencia al Congreso Nacional para su publicación en el Diario Oficial La Gaceta; y 3) Que en su oportunidad se archiven las presentes diligencias. Redactó la Magistrada DUBON VILLEDA DE FLORES. NOTIFI- QUESE. FIRMA Y SELLO. SONIA MARLINA DUBON VILLE- DA. COORDINADOR. SUYAPA THUMANN CONDE. JOSE ROLANDO ARRIAGA MANCIA. CARLOS ALBERTO GOMEZ MORENO. CARLOS ARMANDO FLORES CARIAS. FIRMA Y SELLO. LUCILA CRUZ MENÉNDEZ. SECRETARIA GENE- RAL”. En cumplimiento a lo ordenado por la Sala de lo Constitucional en auto de fecha primero de septiembre de dos mil seis; a los cuatro días del mes de septiembre de dos mil seis, y para ser agregado a la RESPUESTA DEL ESTADO DE HON- DURAS AL ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, se extiende certificación de la sentencia de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco, recaída en el Recurso de Inconstitucionalidad número 2686-03.

LUCILA CRUZ MENENDEZ
SECRETARIA GENERAL

- [1] Artículo 185, en relación con el 316 constitucional.
- [2] Ley del Ministerio Público.
- [3] Voz latina referida a Autoridad.
- [4] Refiere a dignidad, investidura o cargo.
- [5] Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:
DELITO PERMANENTE, EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO
DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL
Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS BAJO TRATADOS
INTERNACIONALES AUNQUE NO EXISTA
LEGISLACIÓN INTERNA ESPECÍFICA AL RESPECTO

Sinopsis: El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela emitió una sentencia en la que resolvió la revisión, interpuesta por una Fiscal del Ministerio Público, de una sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia según la cual no procedía la acusación por el delito de desaparición forzada al no estar previsto por la legislación interna al momento de la ejecución de la acción. Los hechos de la causa penal se iniciaron en 1999, cuando la legislación venezolana no contemplaba el delito de desaparición forzada. Sin embargo, en el año 2000 se tipificó tal delito por lo que se planteó al Tribunal si dicha legislación era aplicable al caso como excepción al principio de irretroactividad, puesto que la desaparición forzada es un delito permanente. La parte solicitante argumentó que la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia erró al establecer que el delito de desaparición forzada es un delito instantáneo con efectos permanentes mientras no aparezca el sujeto pasivo y que tales efectos no son punibles puesto que no son acciones. Alegó que, por el contrario, la consumación del delito de desaparición forzada se mantiene de manera permanente hasta la aparición del cuerpo de la víctima. Asimismo, contradujo los argumentos esgrimidos en la sentencia recurrida que afirmaban que el delito de desaparición forzada es un delito únicamente contra la libertad personal. A criterio del Ministerio Público, si una ley entra en vigencia mientras perdura el delito permanente, se debe aplicar esta nueva ley, sea o no más favorable al sujeto activo, entendiéndose como una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos permanentes. Por último, la Fiscal argumentó que en el caso entraban en conflicto dos derechos fundamentales y principios, esto es, los derechos de las víctimas a que se investigue y sancione penalmente la comi-

sión de un delito de lesa humanidad, y, por otro lado, el derecho del acusado a gozar del principio de irretroactividad de la ley. Para el Ministerio Público los derechos de las víctimas en los casos de desaparición forzada exigen, por su envergadura, una limitación al principio de irretroactividad. En su sentencia, el Tribunal hizo hincapié en la naturaleza del delito de desaparición forzada, destacando la diferencia normativa que existe entre la norma constitucional que regula la desaparición forzada y los tratados internacionales. Al respecto, señaló que la primera lo considera delito continuado, mientras que los segundos lo consideran un delito permanente. El Tribunal concluyó que se trata de un delito permanente, además, estableció que es un delito pluriofensivo por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales.

En cuanto al análisis de la tipificación posterior del delito de desaparición forzada, en primer lugar, para el Tribunal la falta de regulación expresa sobre el delito en cuestión no era excusa para asegurar que las conductas del Estado quedaran impunes, pues desde la fecha de suscripción, ratificación y depósito de los tratados internacionales, el Estado quedó obligado por su contenido. En segundo lugar, el Tribunal estableció que para los delitos permanentes o continuados, si una nueva ley entra en vigor mientras continua el delito, los sujetos implicados pueden ser juzgados y declarados culpables por el delito de desaparición forzada sin que ello constituya retroactividad de la ley penal. En este sentido, el Tribunal concluyó que a pesar de que los hechos ocurrieron en 1999, la víctima todavía no había aparecido y, por tanto, era válido el procesamiento de los acusados. En este sentido, al considerar que la Sala de Casación Penal se había equivocado al anular la acusación propuesta por el Ministerio Público, ordenó que se prosiguiera la causa penal seguida contra los presuntos autores del delito. En la resolución del caso, el Tribunal tuvo en consideración la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La sentencia se encuentra acompañada de un voto concurrente.

Synopsis: The Supreme Court of Justice of Venezuela issued a ruling admitting the review, filed by a State's Attorney of the Office of the Public Prosecutor, of a judgment delivered by the Criminal Cassation Courtroom of the Supreme Court of Justice according to which charges brought for the crime of force disappearance were not valid insofar as the domestic legislation did not provide for such situation at the time the act was committed. The facts of the criminal case occurred in 1999 when the Venezuelan legislation did not provide for the crime of forced disappearance. Notwithstanding, in the year 2000, such crime was finally classified and

defined and therefore, the Tribunal was asked to decide whether such legislation was applicable to the specific case as an exception to the non-retroactive principle taking into account that the forced disappearance is an continuing crime. The party alleged that the Cassation Courtroom of the Supreme Court of Justice erred in establishing that the crime of forced disappearance is an instant crime with permanent effects as long as the injured party does not appear and inasmuch as such effects are not punishable since they do not constitute actions. The party further alleged, however, that the commission of the crime of force disappearance is permanent until the victim's body appears. The party also contradicted the arguments maintained in the appealed judgment according to which the crime of forced disappearance is only a crime against personal freedom. According to the Office of the Public Prosecutor, if a law enters into force when the permanent crime still exists, the new law shall be applied, whether this new law is to the individual's benefit, considering it as an exception to the principle of non-retroactivity of the criminal law in cases of permanent crimes. Lastly, the State's Attorney alleged that two fundamental rights and principles were in conflict in the case, that is, on the one hand, the victims' right to investigate and criminally punished the commission of a crime against humanity and, on the other hand, the right of the accused to the principle of non-retroactivity of the law. According to the Office of the Public Prosecutor, the victims' rights in cases of forced disappearance call for, due to their seriousness, a limitation to the principle of non-retroactivity. In the judgment, the Tribunal emphasized the nature of the crime of forced disappearance, pointing out the legal difference existing between the constitutional norm that regulates the forced disappearance and the international treaties. To such end, the Tribunal stated that, according to the constitutional norm, it is a continuing crime and under international treaties, it is a permanent crime. The Tribunal decided that it is a permanent crime; furthermore, it established that it is a multiple-offense crime inasmuch as it violates several fundamental legally protected interests.

As to the analysis of the subsequent classification and definition of the crime of forced disappearance, in the first place, according to the Tribunal, the lack of express regulation of such crime is not an excuse to ensure that the State's behaviors remain unpunished, since as from the date of the signing, ratification and delivery of international treaties, the content was binding on the State. In the second place, the Tribunal established for permanent or continuing crimes that if a new law enters into force when the crime still exists, the individuals involved in the crime may be prosecuted and declared guilty for the crime of force disappearance without that

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: DELITO PERMANENTE

constituting retroactivity of the criminal law. In this sense, the Tribunal concluded that, in spite of the fact that the facts occurred in 1999, the victim has not yet appeared and, therefore, the prosecution of the accused was valid. Therefore, upon considering that the Criminal Cassation Courtroom erred in annulling the charges brought by the Office of the Public Prosecutor, it ordered the continuation of the criminal case against the alleged perpetrators of the crime. In the decision of the case, the Tribunal took into account the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, the Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance and the Rome Statute of the International Criminal Court. A concurring opinion is annexed to this judgment.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
DE VENEZUELA

SENTENCIA DE REVISIÓN DE 10 DE AGOSTO DE 2007

...
I

**ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE
REVISIÓN**

De acuerdo con lo señalado en la solicitud de revisión y demás actas que conforman el expediente, se constatan los siguientes antecedentes:

Que en el transcurso del año 2000, se intentó solicitud de amparo ante el Tribunal Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Var-

gas, bajo la modalidad de *habeas corpus*, a favor del ciudadano Marco Antonio Monasterios Pérez, “*por su desaparición forzada*”.

El Tribunal Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas declaró no tener materia sobre la cual decidir, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal el 8 de febrero de 2000.

Contra la decisión dictada por el juzgado colegiado la Defensoría del Pueblo ejerció acción de amparo constitucional, en el que la Sala Constitucional declaró, el 18 de diciembre de 2000, la nulidad del procedimiento de *habeas corpus* y se ordenó la reposición de la causa al estado de admitir la acción, “*sin que se pueda dar por terminado [el procedimiento] hasta la aparición, con o sin vida, del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez*”; igualmente, se instó al Ministerio Público “*a completar la investigación y a procurar el respectivo enjuiciamiento penal de aquellos funcionarios de la Dirección del Servicio de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, que hayan participado*”.

Dentro del proceso penal, el Ministerio Público formuló acusación contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez Carreño, por la comisión del delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 181-A del Código Penal, aplicable *ratione temporis*.

El 6 de septiembre de 2002, el Juzgado Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas declaró la nulidad absoluta de los actos de reconocimiento practicados el 8 de junio de 2001, y desestimó la acusación fiscal por defectos en su promoción. Contra esta decisión el Ministerio Público y las víctimas ejercieron recurso de apelación.

El 17 de octubre de 2002, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas declaró parcialmente con lugar los recursos de apelación, revocó la decisión del tribunal *a quo* sólo en relación con la nulidad de los reconocimientos, por lo que estimó ajustada a derecho la desestimación de la acusación.

El 25 de febrero de 2003, el Ministerio Público incoó demanda de amparo contra las dos decisiones referidas, la cual fue declarada inadmisibile e improcedente *in limine litis* por la Sala Constitucional, el 11 de febrero de 2004.

El 13 de mayo de 2004, el Ministerio Público presentó nueva acusación, la cual fue admitida, el 13 de diciembre de 2004, por el Tribunal

Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, por la comisión del delito de desaparición forzada de personas.

El 23 de mayo de 2005, se constituyó el Tribunal Unipersonal de Juicio, al prescindirse de los escabinos, y se inició el juicio oral y público el 25 de julio de 2005, el cual fue suspendido el 5 de agosto de 2005.

El 22 de marzo de 2006, se constituyó nuevamente el Tribunal Unipersonal de Juicio, *“siendo fijada la continuación del juicio, para el día 29 de marzo de 2006, pero fue suspendido, con fundamento en la solicitud de avocamiento formulada por la defensa del acusado Casimiro José Yánes”*.

Según los anteriores hechos, la parte solicitante señaló en su escrito de revisión lo siguiente:

...
[S]ostuvo que *“al ser la desaparición forzada de personas un delito de lesa humanidad, reconocido como tal por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela e igualmente por la comunidad internacional, el cual vulnera flagrantemente derechos humanos reconocidos, no solamente en nuestra Constitución sino en instrumentos internacionales ratificados por la República, era necesario observar lo que sobre este delito ha consagrado la normativa internacional”*.

Que *“la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal, violó la disposición contenida en el artículo 23 Constitucional, lo que se evidencia de su pronunciamiento en la sentencia recurrida con respecto a tres aspectos que a continuación serán examinados: 1. El establecimiento del delito de desaparición forzada de personas como un delito instantáneo. 2. El establecimiento del delito de desaparición forzada de personas únicamente como un delito contra la libertad personal. 3. Lo relativo al principio de irretroactividad de la ley penal”*.

Respecto al establecimiento del delito de desaparición forzada de personas como un delito instantáneo señaló, lo siguiente:

Que *“[l]a Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, afirmó erradamente que, el delito de desaparición forzada de personas es un delito instantáneo. Sobre el particular, es necesario señalar que, tanto, los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional de derechos humanos, han establecido la desaparición forzada de personas como un delito continuado o permanente”*.

Que así lo señala la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, en su artículo 17, así como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo III.

Además, que *“en forma pacífica y reiterada la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en numerosos fallos, ha tratado el delito de desaparición forzada de persona (sic) como delito continuado”*, como sucede en la sentencia del 2 de julio de 1996, caso: *Blake vs Guatemala*.

Precisó que para el Ministerio Público, *“el delito de desaparición forzada de personas es un delito permanente, afirmación que se efectúa de conformidad con los señalamientos anteriores en concordancia con lo establecido por la doctrina penal respecto a la noción conceptual, naturaleza y alcance de los delitos permanentes”*.

Luego de indicar lo que señalan los autores Sosa Chacín, Giuseppe Maggiore, Mir Puig y Manzini, destacó que el *“delito de desaparición forzada de personas, dada su particularidades, constituye un genuino delito permanente, pues lo que en realidad persiste y se mantiene durante todo el desenvolvimiento de la acción material, es precisamente la consumación del mismo ilícito, por tanto, no son sólo sus efectos los que perduran a futuro, ni mucho menos las circunstancias colaterales o modales que rodean la conducta típica, sino es precisamente su agotamiento el que no se satisface mientras el agente no disponga voluntariamente la cesación del ilícito”*.

Arguyó que *“en el caso de marras, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de fecha 11 de julio de 2006, erradamente ha afirmado que el delito de desaparición forzada de personas es un delito instantáneo con efectos permanentes mientras no aparezca el sujeto pasivo del delito, que tales efectos no son acciones y que por lo tanto no son punibles. La consumación del delito de desaparición forzada de personas se extiende de manera permanente hasta la aparición del cuerpo de la víctima. Sus acciones constituyen un todo indivisible y persisten incluso más allá de la fecha en que se haya producido la muerte de la víctima, pues uno de los hechos que conforman el delito de desaparición forzada es el ocultamiento del cuerpo y, en algunos casos, su propia destrucción, supuesto en el que se mantiene la permanencia del delito”*.

Que “[e]n el caso bajo estudio, el delito de desaparición forzada de personas en perjuicio del ciudadano Monasterios y otro, se mantenía en forma permanente, vigente y actual para el momento en que fue formulada la acusación por el Ministerio Público, pues incluso a la fecha de la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (11 de julio de 2006), aún no había aparecido el cuerpo de la víctima”.

Refirió que “con relación al delito permanente o continuado, si una ley entra en vigencia, mientras perdura la permanencia o la continuación se aplicará en todo caso esta ley nueva, sea o no más favorable al sujeto activo del delito, estableciendo ésta una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. En tal sentido, en los casos en los cuales la conducta material se inicia cuando no existe dispositivo penal alguno que proscriba el tipo de injusto, y posteriormente, por agotamiento del hecho punible en referencia, la doctrina ha admitido la punición de los delitos permanentes, en razón de la nueva ley incriminadora, si la conducta antijurídica persiste para la fecha de su promulgación”.

Que “[e]n el caso bajo estudio, considerando que la desaparición forzada es un delito permanente y, que para la fecha de formularse la acusación penal y de dictarse la sentencia recurrida, el cuerpo de la víctima aún no había aparecido, por supuesto que resulta procedente aplicar el Código Penal publicado en la Gaceta Oficial No. 5494 Extraordinaria, de fecha 20 de octubre de 2000, aún (sic) cuando los hechos que se imputan iniciaron en fecha 21 de diciembre de 1999. Durante la permanencia de este delito entró en vigor dicho Código en el cual se tipificó, por primera vez en la legislación interna venezolana, el delito de desaparición forzada de personas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución”.

Que “la sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia contra la cual se recurre, no solamente vulneró lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al obviar la normativa internacional sobre derechos humanos vinculante para nuestra República, en materia de desaparición forzada de personas, sino también violó el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en extralimitación de funciones, un proceso penal –que fue llevado con apego a la Constitución y a las leyes- desde la fase de juicio oral y público hasta la fase preliminar”.

Por otro lado, respecto del establecimiento del delito de desaparición forzada de personas como un delito contra la libertad personal, sostuvo que *“la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia de fecha 11 de julio de 2006 erradamente ha sostenido que, el delito de desaparición forzada de personas es un delito contra la libertad personal, sin considerar que ésta es tan sólo una de sus manifestaciones de conformidad con lo dispuesto en la normativa y en la jurisprudencia internacional de derechos humanos sobre la materia”*.

Alegó que *“[r]econocer que, el delito de desaparición forzada de personas, no sólo conlleva la privación de la libertad personal sino la violación de otros derechos fundamentales que constituyen hechos punibles en sí mismos, conduce a afianzar el carácter continuado o permanente del delito hasta que aparezca el cuerpo de la víctima, lo que fue absolutamente desconocido por la Sala de Casación Penal”*.

Por último, respecto del principio de irretroactividad de la ley, sostuvo el Ministerio Público que *“de acuerdo con lo establecido por la comunidad internacional, la desaparición forzada de personas se ha considerado como un delito, así lo ha consagrado expresamente la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Personas. De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en numerosos fallos que es un delito que implica graves violaciones a derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e incluso se le ha calificado como delito de lesa humanidad, de acuerdo con lo señalado en el Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985”*.

Que *“la excepción al principio de irretroactividad de la ley tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales de derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho internacional, ni por el derecho nacional”*.

Que *“el autor **Federico Andreu-Guzmán** (...) ha señalado que la excepción al principio de irretroactividad de la ley penal en el sentido examinado, tiene varias consecuencias, según diferentes premisas fácticas e hipótesis y, ha sostenido, que se puede, según el derecho internacional, llevar a juicio y condenar sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal, en virtud de la excepción de este principio:*

A un autor de un acto criminal, aún cuando al momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario. Así por ejemplo, la ausencia de un tipo penal de tortura en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de actos de tortura cometidos cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional.

A un autor de un acto criminal en aplicación de una ley penal nacional tipificando como delito este acto, aún cuando al momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario. Así por ejemplo, la existencia ex post facto de un tipo penal de desaparición forzada en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de desaparición forzada cometidas cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional.

A un autor de un acto criminal, aún cuando el momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional o un tratado internacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Que “[e]n el caso bajo estudio, estamos frente a derechos y principios fundamentales en conflicto, por un lado, los derechos a las víctimas a que se investigue y se sancione penalmente la comisión de un delito de lesa humanidad, desaparición forzada de personas, que ha quebrantado flagrantemente varios de sus derechos humanos, por otro, el derecho de los imputados a gozar del principio de irretroactividad de la ley penal. Ante tal manifiesta incompatibilidad, ha de prevalecer el derecho de las víctimas por que resulta necesario intervenir el principio de irretroactividad de la ley penal, pues éste representa un obstáculo para la investigación de los hechos, para la identificación y para el castigo de los responsables de un delito que se funda en el desprecio a la dignidad humana. Además, ha de considerarse las posiciones de los sujetos cuyos derechos e intereses están en conflicto, sobre este particular, la víctima entraña posiciones de vulnerabilidad, mientras que, el imputado actuó en ejercicio de una función pública, por lo que en tal ejercicio (policial)

detenta posiciones de poder frente a la colectividad (en este caso sobre la víctima)”.

Que “[l]os derechos de las víctimas en los casos de desaparición forzada de personas son de tal envergadura que, exigen la limitación al principio de la irretroactividad de la ley penal previsto en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos ha concluido que, los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio pues, incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto”.

Destacó que “ha de entenderse que la excepción al principio de irretroactividad de la ley penal prevista en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no opera en relación con los delitos en general, sino en relación con aquellos delitos establecidos como tales por la comunidad internacional, de lo que se desprende que son delitos violatorios de los derechos humanos, entre los que se encuentra la desaparición forzada de personas”.

Afirmó que “[s]i bien nuestro ordenamiento jurídico interno no contempla una disposición legal como la contenida en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es menos cierto que la aplicación de ésta en el caso bajo estudio es forzosa, no solamente porque el referido instrumento internacional ha sido suscrito y ratificado por el Estado Venezolano y rige en su orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 Constitucional, sino por la preeminencia de valor de la justicia y la dignidad humana como valores superiores del ordenamiento jurídico”.

Consideró, por tanto, que “es procedente la acusación fiscal por la comisión del delito de DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, previsto y sancionado en el artículo 181-A del Código Penal venezolano contra los ciudadanos CASIMIRO JOSE YANEZ y JUSTINIANO DE JESUS MARTINEZ, funcionarios adscritos a la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), debido a los hechos ocurridos entre los días 21 y 29 de diciembre de 1999, por lo que debe ser anulada la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia emanada en fecha 11 de julio de 2006, según la cual ‘...no procede la acusación por la comisión del delito de desaparición

forzada de personas, pues no se encontraba previsto como delito en la Ley Penal Sustantiva para el momento de la ejecución de la acción...”

En virtud de lo anterior, el Ministerio Público solicitó que se admita la revisión y que la misma sea declarada con lugar; asimismo que sea decretada la nulidad de la sentencia No. 318 del 11 de julio de 2006, dictada por la Sala de Casación Penal y así como la improcedencia del avocamiento, ordenándose la reanudación del proceso penal a la etapa que se encontraba para el momento en que se pronunció la Sala de Casación Penal.

II DE LA DECISIÓN CUYA REVISIÓN SE SOLICITA

El 11 de julio de 2006, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, dictó, mediante sentencia N° 318, el siguiente pronunciamiento:

“A los fines de decidir, observa la Sala el curso de la causa, a saber:

En fecha 17 de febrero de 2000, el ciudadano Hely Vladimir Villegas Poljak, en su carácter de representante de la Defensoría del Pueblo, interpuso recurso (sic) de amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en representación del ciudadano MARCO ANTONIO MONASTERIOS PÉREZ, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, de fecha 8 de febrero de 2000, que confirmó la decisión dictada por el Juzgado Sexto de Control de la referida entidad judicial, que en fecha 28 de enero de 2000, declaró No tener materia sobre la cual decidir en relación a la solicitud de mandamiento de habeas corpus, a favor del ciudadano MARCO ANTONIO MONASTERIOS PÉREZ.

La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en fecha 14 de agosto de 2000, anuló las referidas decisiones y solicitó al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo, la rendición de un informe sobre el estado de las investigaciones relativas a la presunta desaparición del ciudadano MARCO ANTONIO MONASTERIO PÉREZ; a los Tenientes del Ejército José Gregorio Martínez Campos y Federico Ventura Infante, pertenecientes al Batallón 422 de Infantería Paracaidista ‘Coronel Antonio Nicolás Briceño’, la rendición de un informe sobre las actividades que desarrollaron en el sector Valle del Pino, Caraballeda, Estado Vargas, entre el 21 y el 29 de diciembre de 1999; al ciudadano Comandante de la 42° Brigada de Infantería Paracaidista, la rendición de un informe sobre la identidad del o de los funcio-

narios de la DISIP, a quien o a quienes la brigada a su cargo entregó al ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, en calidad de detenido, y al ciudadano Director General de la DISIP, la rendición de un Informe sobre la identidad de los funcionarios de ese cuerpo policial que llevaron a cabo operaciones o actividades en el sector Valle del Pino, Caraballeda, Estado Vargas, dentro de los días 21 al 29 de diciembre de 1999.

Recibidos los informes requeridos, la Sala Constitucional, en fecha 18 de diciembre de 2000, se pronunció en los siguientes términos:

‘...los derechos y garantías del imputado, contemplados principalmente en el artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal, se extienden a quien, habiendo sido aprehendido ante iudicium, debe ser sometido de inmediato por mandato legal expreso, a la tutela de la jurisdicción.

En el caso de autos, a propósito de la aprehensión del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, no consta en forma alguna, que las citadas garantías se hayan hecho efectivas. Por el contrario, a pesar del tiempo transcurrido, los funcionarios de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, que lo recibieron de parte del Tte. (Ej) Federico Ventura Infante, y que participaron en su custodia y traslado, no lo pusieron a disposición del Ministerio Público, ni lo presentaron ante el Juez de Control, desconociéndose hasta ahora su paradero.

En las circunstancias expuestas, cabe presumir que la privación de libertad del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, se ha hecho manifiestamente ilegítima, que se ha incurrido en grave violación de sus derechos de dignidad y libertad, y que se han cometido a su respecto, delitos contra la libertad individual y contra la propiedad, seguidos inmediatamente por su desaparición.

En particular, los elementos que obran en autos, autorizan a presumir la comisión de los delitos contra la libertad individual contemplados en los artículos 177 y 182 del Código Penal, agravados por la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 77, numerales 1, 10 y 11, es decir, ejecutados con alevosía, aprovechándose de la calamidad ocurrida, y en unión de otras personas, para asegurar la impunidad.

La presunta comisión de los delitos en referencia, fue seguida inmediatamente por la desaparición de la víctima, presumiéndose con ello la comisión del ilícito de desaparición forzada, caracterizado porque la privación de libertad se comete con injerencia de funcionarios del Estado, y porque éstos se niegan a reconocer la detención y a dar información sobre el paradero de la persona desaparecida, impidiéndole a ésta, en términos absolutos, el ejercicio de sus derechos y garantías.

Se trata de un ilícito que da lugar a la violación de los deberes de respeto y de garantía de los derechos a la personalidad jurídica, libertad y segu-

ridad consagrados en las disposiciones previstas en los artículos 3, 5, 6, 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ***Por ello, si bien para la fecha en que el ilícito fue presuntamente cometido contra el ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, no se encontraba tipificado como delito penal en el Código correspondiente, la violación de derechos humanos a que da lugar (sic), compromete la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria de sus autores...'*** (Resaltado de la Sala).

'...la desaparición forzada implica con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida; y que implica también el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana.

3. Por las razones que anteceden, a la vista de los elementos que obran en autos, y en ejercicio de su potestad de revisión constitucional, la Sala estima pertinente anular el procedimiento de habeas corpus seguido a favor del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, por ante el Juzgado Sexto de Control y la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, y que condujo a la declaratoria de no tener materia sobre qué decidir, y ordenar la reposición de dicho procedimiento al estado de reiniciar su trámite, bajo las pautas establecidas por las decisiones de esta Sala, sin que pueda darse por terminado hasta la aparición, con o sin vida, del citado ciudadano.

Asimismo, vista la competencia que los artículos 23, 105 y 292 del Código Orgánico Procesal Penal atribuyen al Ministerio Público, debe instársele a completar la investigación y a procurar el enjuiciamiento penal de aquellos funcionarios de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, que hayan podido participar, aun a título de encubridores, en la presunta comisión de delitos contra la libertad individual y contra la propiedad, en perjuicio del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, así como a ejercer en su caso, la acción civil derivada de dichos delitos.

Finalmente debe instarse a la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, a que proceda a la apertura de la correspondiente averiguación disciplinaria, a objeto de deducir la responsabilidad del ciudadano Casimiro José Yáñez, titular de la cédula No. 6.909.283, vistos los elementos que obran en autos a su respecto. Así se declara.

IV

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ANULA el procedimiento de habeas corpus seguido a favor del ciudadano MARCO ANTONIO MONASTERIO PEREZ, por ante el Juzgado Sexto de Control y la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, y que condujo a los pronunciamientos de no haber materia sobre qué decidir, ya anulados por esta Sala, y ORDENA su reposición al estado de reiniciar su curso bajo las pautas establecidas por las decisiones de la Sala. En consecuencia, el Tribunal dará curso a la acción de habeas corpus ejercida por los ciudadanos Liliana Ortega, Marino Alvarado, Celia Méndez, Laura Roldán y Oswaldo Cancino, en representación de las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos denominadas COFAVIC, PROVEA, VICARIA DE DERECHOS HUMANOS y RED DE APOYO POR LA JUSTICIA Y LA PAZ, sin que pueda dar por terminado el proceso correspondiente a dicha acción, hasta la aparición, con o sin vida, del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, titular de la cédula de identidad No. 15.545.519.

Asimismo, INSTA al Ministerio Público a completar la investigación y a procurar el respectivo enjuiciamiento penal de aquellos funcionarios de la Dirección del Servicio de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, que hayan participado, aún a título de encubridores, en la presunta comisión de delitos contra la libertad individual y contra la propiedad, en perjuicio del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, así como a ejercer, en su caso, la acción civil derivada de dichos delitos.

E INSTA a la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia, a que proceda a la apertura de la correspondiente averiguación disciplinaria, a objeto de deducir la responsabilidad del Sub-Comisario, adscrito a la DISIP, Casimiro José Yáñez, titular de la cédula N° 6.909.283, vistos los elementos que obran en autos a su respecto...'. (Resaltado de la Sala).

Posteriormente, la representación del Ministerio Público formuló acusación por la comisión del delito de DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, previsto y sancionado en el artículo 181-A del Código Penal, antes de la reforma del 13 de abril de 2005, en contra de los ciudadanos CASIMIRO JOSE YANEZ y JUSTINIANO DE JESUS MARTINEZ CARREÑO, funcionarios adscritos a la DISIP, por los hechos ocurridos entre los días 21 y 29 de diciembre de 1999, en los siguientes términos:

(...)

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: DELITO PERMANENTE

En fecha 6 de septiembre de 2002, el Juzgado Quinto de Control del Estado Vargas, declaró: a) la nulidad absoluta de los actos de reconocimiento que fueron practicados en fecha 8 de junio de 2001, y declaró con pleno valor los reconocimientos de la tercera pieza y el reconocimiento del ciudadano Larry Manuel Bracho Rodríguez, inserto en la quinta pieza; b) declaró con lugar la excepción opuesta por la defensa, con base en los artículos 28.4 y 33.4 del Código Orgánico Procesal Penal; c) Desestimó la acusación fiscal por defectos en su promoción, decretó el sobreseimiento y advirtió que dicha decisión no generaba cosa juzgada, pues la vindicta pública podía proponer nuevamente la acusación.

La representación del Ministerio Público y de las víctimas, plantearon recurso de apelación contra la referida decisión.

En fecha 17 de octubre de 2002, la Corte de Apelaciones del Estado Vargas declaró Parcialmente CON LUGAR los referidos recursos de apelación, revocando la decisión sólo en relación a la nulidad de los reconocimientos, confirmando el sobreseimiento formal de la causa.

En fecha 25 de febrero de 2003, la representación del Ministerio Público planteó demanda de amparo ante la Sala Constitucional, contra las dos decisiones anteriormente referidas, las cuales fueron declaradas Inadmisibles e Improcedentes in limine litis en fecha 11 de febrero de 2004.

Presentada nuevamente la acusación en fecha 13 de mayo de 2004, el juzgado Primero de Control del Estado Vargas, acordó fijar la audiencia preliminar, la cual fue diferida en tres oportunidades y celebrada finalmente en fecha 13 de diciembre de 2004.

En fechas 13, 14, 15, 16 de diciembre de 2004, tuvo lugar la audiencia preliminar ante el Juzgado Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas y fue ADMITIDA LA ACUSACIÓN, por la presunta comisión del delito de DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, bajo el siguiente criterio (...)

En fecha 10 de enero de 2005, la defensa de los acusados presentó recurso de apelación, el cual fue declarado Inadmisible en fecha 3 de marzo de 2005, por la Corte de Apelaciones del Estado Vargas, bajo el siguiente argumento (...)

En fecha 23 de mayo de 2005, fue constituido el Juzgado Unipersonal de Juicio, (se acordó prescindir de los escabinos), fue fijada la celebración del juicio, diferido en dos oportunidades; se inició en fecha 25 de julio de 2005, suspendido para el 5 de agosto de 2005, diferido para el día 16 de septiembre, diferido nuevamente al día 14 de octubre de 2005, fijada su continuación para el día 20 de octubre de 2005, fue propuesta una recusación por parte de la defensa en contra de la Juez María Esther Roa Silva.

En fecha 22 de marzo de 2006, luego de tres inhibiciones, se constituye nuevamente el Juzgado Unipersonal de Juicio, a cargo de la Juez Rosalía Muñoz Fiallo, siendo fijada su continuación para el día 29 de marzo de 2006, y suspendido por razón de la solicitud de avocamiento formulada por la defensa del acusado Casimiro José Yánes.

Pues bien, se evidencia de la revisión del expediente, que el solicitante de avocamiento agotó las vías ordinarias y extraordinarias existentes para reclamar los derechos que estimó vulnerados.

Asimismo observa la Sala, que de los recursos interpuestos en la presente causa, se encuentra el recurso (sic) *de amparo intentado por representantes de la Defensoría del Pueblo, ante la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, amparo relacionado con la solicitud de habeas corpus a favor del hoy desaparecido ciudadano MARCO ANTONIO MONASTERIOS PÉREZ, y la decisión emitida al respecto, dictada en fecha 18 de diciembre de 2000, constituye en la presente causa, el precedente que establece el orden jurídico que debió seguir la investigación en el caso de la privación de libertad de las hoy víctimas Marco Antonio Monasterios Pérez y Oscar Blanco Romero, quienes hasta el día de hoy no han aparecido.*

Dicha decisión, basada en la previa solicitud de informes al Ministerio Público, a la Comandancia General del Ejército y a la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia (DISIP), sobre los hechos ocurridos en diciembre de 1999 en el Estado Vargas, relacionados con la aprehensión y posterior desaparición de los ciudadanos Marco Antonio Monasterio Pérez y Oscar Blanco Romero, ORDENÓ la reposición al estado de reiniciar el curso del procedimiento de habeas corpus, intentado por los representantes de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos (COFAVIC, PROVEA, VICARIA DE LOS DERECHOS HUMANOS y RED DE APOYO POR LA JUSTICIA Y LA PAZ), hasta la aparición con o sin vida de los prenombrados ciudadanos detenidos en el Estado Vargas, y hasta hoy desaparecidos, así mismo INSTÓ al Ministerio Público a completar la investigación para la consecuente persecución de alguno de los delitos contra la libertad individual y contra la propiedad, así como a ejercer la acción civil derivada de dichos delitos, e INSTÓ a la DISIP a que procediera a la apertura de la averiguación disciplinaria a los fines de deducir la responsabilidad del Sub-comisario Casimiro José Yánes.

En el mismo orden de ideas, cabe referir, que la mencionada decisión de la Sala Constitucional, en su parte motiva, estableció:

‘...los elementos que obran en autos, autorizan a presumir la comisión de los delitos contra la libertad individual, contemplados en los artículos 177 y 182 del Código Penal, agravados por la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 77 numerales 1, 10 y 11, es decir, ejecutados

con alevosía, aprovechándose de la calamidad ocurrida, y en unión de otras personas para asegurar la impunidad. (Resaltado de la Sala).

La presunta comisión de los delitos en referencia fue seguida inmediatamente por la desaparición de la víctima, presumiéndose con ello la comisión del ilícito de desaparición forzada, caracterizado porque la privación de libertad se comete con injerencia de funcionarios del Estado, y porque éstos se niegan a reconocer la detención y a dar información sobre el paradero de la persona desaparecida, impidiéndole a ésta, en términos absolutos, el ejercicio de sus derechos y garantías.

Se trata de un ilícito que da lugar a la violación de los deberes de respeto y de garantía de los derechos a la personalidad jurídica, libertad y seguridad, consagrados en las disposiciones previstas en los artículos 3, 5, 6, 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...’.

(...)

‘...Por ello, si bien para la fecha en que el ilícito fue presuntamente cometido contra el ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, no se encontraba tipificado como delito penal en el Código correspondiente, la violación de derechos humanos a que da lugar (sic), compromete la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria de sus autores...’. (Resaltado de la Sala).

De lo cual se deduce claramente que la Sala Constitucional consideró que lo procedente es la persecución de alguno de los delitos contra la libertad individual, previstos en el Código Penal **vigente para el momento de la comisión de los hechos, es decir, para diciembre de 1999, cuando se encontraba vigente el Código Penal de fecha 27 de junio de 1964**, y por ello dicha Sala apreció la posible persecución del delito de privación ilegítima de libertad, con la concurrencia de varias agravantes genéricas, y también la posibilidad de seguir procedimientos de tipo administrativo y civil en contra de los presuntos responsables, hoy enjuiciados por la comisión del delito de desaparición forzada de personas, delito que no se encontraba tipificado en la Ley Penal Sustantiva, para el momento en que ocurrieron los hechos.

No obstante, el Ministerio Público propuso acusación por el delito de desaparición forzada de personas, para los hechos cometidos en diciembre de 1999, y el Juzgado Primero Control, los admitió, señalando que (...)

Al respecto observa la Sala, que en doctrina nacional, el catedrático José Rafael Mendoza Troconis, argumentó en relación al tiempo de comisión del delito, lo siguiente:

‘...e) **Tiempo de comisión del delito.** Surge otro problema relativo al tiempo en que se estime cometido el delito (*tempus commissi delicti*), cuando

se trata de delitos cometidos a distancia, de delitos permanentes y de delitos continuados.

Acerca de los primeros, unos autores opinan que debe estimarse el momento de manifestación de la voluntad (teoría de la acción), pero como el acto puede tener un resultado alejado de aquella manifestación, otros opinan que este último es el que debe tomarse en cuenta (teoría del resultado). Un tercer grupo de teorías mixtas sostienen que es indiferente el uno o el otro momento. ***Me inclino hacia la opinión de la mayoría de penalistas que considera la manifestación de voluntad en el momento de comisión.***

Atinente a los delitos permanentes, la continuidad de una acción o de una omisión durante la vigencia de una nueva ley, hace punible el hecho bajo el imperio de esta última; ***pero hay que distinguir entre los efectos de un delito permanente y la permanencia de los efectos de un delito instantáneo, porque esta última permanencia no es punible.*** Aquí ocurrió el caso judicial después de haberse dictado el decreto ley del 9 de abril de 1946, por el cual se establecieron penas contra las actividades usurarias. Se decidió que la usura es un delito instantáneo, se consuma en el momento de la celebración del contrato de préstamo usurario, aunque sus efectos, o sea, la percepción futura de los intereses, sean permanentes.

Sobre los delitos continuados es la opinión correcta que deben dividirse los actos que forman la continuidad si el conjunto se ha cometido bajo el imperio de las dos leyes. Sería punible la parte de actos que caigan bajo el imperio de la nueva ley, si se trata de delitos ex novo.

La ley más favorable debe aplicarse siempre, tanto en el delito permanente como en el continuado.

72.-Las teoría acerca de la extra-actividad.

I) *No retroactividad absoluta de la ley nueva, por tanto, aplicación siempre de la vieja ley bajo el imperio de la cual se cometió el delito.*

II) No retroactividad como regla con la excepción de que si la nueva ley es más favorable, se aplicará la nueva ley, que es la teoría dominante en las legislaciones. (Subrayado de la Sala).

III) *Retroactividad como regla, pero con la excepción de que si la nueva ley es más severa, no se aplicará ésta. Binding observa que estos dos últimos puntos de vista difieren en principio, pero en sus resultados prácticos son iguales los dos primeros, por el contrario, tienen igual el principio y diverso el resultado práctico (234).*

IV) *Retroactividad absoluta, según la cual la nueva ley penal debe aplicarse en todos los casos, así sea más severa, siempre que no se trate de una incriminación nueva. Es la teoría de la escuela positivista...'*

La Sala ha establecido en relación al delito continuado, lo siguiente:

‘...El delito continuado existe cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

La doctrina penal enseña, que para su existencia es preciso: a) Pluralidad de acciones separadas entre sí por cierto espacio de tiempo (sic); b) *Unidad de precepto penal violado* y c) *Unidad de propósito criminal*.

a) *Pluralidad de acciones, lo que no debe confundirse con pluralidad de actos materiales. El ladrón que roba coetáneamente los diversos objetos que tiene al alcance de la mano (pluralidad de actos materiales), no comente un robo continuado.*

b) *Es precisa la unidad de precepto legal viciado, pues en el caso de infracción de diversas normas penales, resultarían diversos delitos, configurándose entonces un concurso de hechos punibles, v. gr., el que falsifica un documento (falsedad); y entra en domicilio ajeno contra la voluntad del morador (violación de domicilio).*

c) *Unidad de propósito delictivo. Las diversas violaciones del mismo precepto legal han de hallarse unificadas en una misma intención, encaminadas a la realización del mismo propósito delictivo.*

Según la doctrina corriente, se admite la existencia del delito continuado, aún cuando (sic) haya diversidad de sujetos pasivos; pero en estas situaciones, el lazo de continuidad puede desaparecer cuando los bienes jurídicos lesionados son personalísimos; vida, integridad corporal, honestidad, etc. (v. gr., en el domicilio de dos personas), pues el mantenimiento de la ficción del delito continuado, en tales circunstancias, sería contraria al sentimiento de justicia.

Son ejemplos típicos del delito continuado, entre muchos, el hecho de robar algo de la caja del amo (sic) *siempre que se presente la ocasión; el caso del cajero que sustrae en diversas oportunidades parte de los fondos que tiene bajo su custodia; el de la doméstica que a diario hurta una perla del collar pertenecientes al ama (sic) de la casa.*

Es necesario analizar los elementos que integran el delito continuado, previsto en el transcrito artículo 99 del Código Penal y los hechos establecidos en la sentencia recurrida. Para que proceda la aplicación del artículo citado se requiere, como ya se ha expresado: 1) Que se hayan realizado varias violaciones de la misma disposición legal, aun cometidas en diferentes fechas; y 2) Que se hayan verificado con actos ejecutivos de la misma resolución. A objeto de saber si han existido varias infracciones de la misma disposición legal, **es menester establecer la distinción entre pluralidad de actos y pluralidad de acción.** *El delito continuado exige pluralidad de acciones; pero la acción única puede estar constituida por pluralidad de actos. La persona*

que cada noche se apodera de una caja de seguridad de las que hay en el correspondiente local de una institución bancaria, cada vez que la hurta ejecuta una acción violatoria de la misma disposición legal; pero, si por el contrario, al entrar a dicho local se apodera en el mismo momento de varias de las cajas existentes, pertenecientes a diferentes personas, la pluralidad de actos realizados constituye una sola acción. El delito continuado **demandado una actividad interrumpida**, ligada por el nexo de un mismo designio delictuoso. **La pluralidad de actos realizados en forma ininterrumpida constituye unidad de acción...**. (Sentencia del 19 de octubre de 1979, Ponencia de la Magistrado Dra. Helena Fierro Herrera).

Por ello, el delito de desaparición forzada de personas, es un delito de acción instantáneo y de efectos permanentes, mientras no aparezca el sujeto pasivo del delito.

Ahora bien, el legislador en el artículo 181-A, hoy 180 del Código Penal, estableció el tipo delictivo de desaparición forzada de personas, de la siguiente forma:

‘...La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes...’.

Al respecto, observa la Sala, que de la redacción del artículo transcrito, surge un error de técnica legislativa, el cual se evidencia en el primer aparte, cuando el legislador establece, como un supuesto de delito continuado, lo que en el ámbito jurídico se conoce como efecto permanente de delito, confundiendo así las figuras de delito continuado con los llamados efectos permanentes de un delito, en este caso, de un delito instantáneo.

El delito continuado comprende la ejecución de varios actos cometidos en distintas fechas o momentos, pero dichos actos tienen en común la misma resolución criminal, y por ello el artículo 99 del Código Penal, establece:

‘...Se consideran como un solo hecho punible, las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución, pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad...’.

El delito de desaparición forzada de personas, delito contra la libertad, *es un delito instantáneo, pero de efectos permanentes, y los efectos no son acciones, por lo tanto, no son varios actos susceptibles de sanción, y por ello, aplicar dicho delito a actos cometidos bajo la vigencia de una ley que no los tipificaba como delitos, es violar el principio general del derecho penal de no retroactividad de la ley, salvo que sea más favorable al reo, imputado, acusado o condenado.*

En todo caso, en la presente causa, no procede la acusación por la comisión del delito de desaparición forzada de personas, pues no se encontraba previsto como delito en la Ley Penal Sustantiva para el momento de la ejecución de la acción, como delito instantáneo, aunque de efectos permanentes.

Es lamentable que hayan sucedido y que sucedan hechos contrarios a la dignidad humana en la realidad y que en el ámbito jurídico no se encontraran previstos como delitos, pero jurídicamente, dentro del orden público, no puede ser aplicada la ley penal a hechos no previstos anteriormente como ilícitos, pues la inseguridad jurídica no tendría control alguno, y ello es contrario a los derechos y garantías que las leyes en general procuran consagrar y proteger.

Asimismo, observa la Sala, que la opinión emitida por los órganos judiciales en la presente causa, en relación a que la calificación del delito de desaparición forzada de personas es de carácter provisional, es contraria al principio de nullum crimen, nulla pena sine lege, al principio de irretroactividad de la ley penal, salvo si es favorable al reo, al principio iura novit curia (el juez conoce el derecho), y es contrario además a la decisión de la Sala Constitucional de este alto tribunal, relativa al presente caso.

Por otra parte, observa la Sala, respecto de los reconocimientos en rueda de individuos, actos en los que les fueron mostrados a los reconocedores, fotografías de los imputados a reconocer, que dichos actos de reconocimiento

se encuentran viciados de nulidad absoluta, pues fueron realizados infringiendo lo indicado en el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal que establece:

‘...Reconocimiento del Imputado. Cuando el Ministerio Público estime necesario el reconocimiento del imputado, pedirá al juez la práctica de esta diligencia. En tal caso se solicitará previamente al testigo que haya de efectuarlo, la descripción del imputado y de sus rasgos más característicos, a objeto de establecer si efectivamente lo conoce o lo ha visto anteriormente, cuidando que no reciba indicación alguna que le permita deducir cuál es la persona a reconocer.’ (resaltado de la Sala).

En tal virtud, la Sala se Avoca al conocimiento de la presente causa, y por ello, previo el análisis efectuado, estima procedente REPONER LA CAUSA a la fase preliminar, e INSTA al Ministerio Público a que nuevamente actúe de conformidad con la ley.

Así mismo ANULA LOS ACTOS DE RECONOCIMIENTO en rueda de individuos realizados en fecha 8 de junio de 2001. Así se decide.

Valga esta oportunidad para instar al Poder Legislativo, a los fines de precisar, mediante la correspondiente reforma del Código Penal, que el delito de desaparición forzada de personas no implica solamente la previa **detención ilegal** de la persona posteriormente desaparecida, sino que también el supuesto de hecho debería abarcar el caso de las detenciones o **privaciones de libertad legítimas** y la posterior desaparición del detenido, a fin de evitar la impunidad en estos casos”.

III DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala determinar previamente su competencia para conocer de la presente solicitud de revisión

...

IV CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez asumida la competencia, esta Sala reitera que la facultad revisora que ha sido otorgada en la Carta Magna de 1999 viene dada con la finalidad de garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y

principios constitucionales, pues en ningún momento debe ser considerada como una nueva instancia, debido a que la misma sólo procede en los casos de sentencias firmes.

Esa revisión constitucional la ejerce esta Sala de manera facultativa, siendo discrecional entrar al análisis de los fallos sometidos a su conocimiento. Por ello, se encuentra la Sala en la obligación de considerar todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, pero no de concederla y proceder a realizarla, por lo que su negativa no puede, en caso alguno, constituir violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes.

Es necesaria la aclaratoria de que esta Sala, al momento del ejercicio de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de sentencias que hayan adquirido el carácter de cosa juzgada judicial.

Asimismo, esta Sala Constitucional asentó, en la sentencia No. 325, del 30 de marzo de 2005 (caso: *Alcido Pedro Ferreira y otros*), en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que existe la posibilidad de revisar la sentencias dictadas por las demás Salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia cuando se denuncien: i) violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República y ii) cuando estas sentencias se hayan dictado con ocasión de: a) error inexcusable, b) dolo, c) cohecho o d) prevaricación y, el último supuesto legal (artículo 5.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), que se limitó a reproducir lo establecido en el artículo 336.10 constitucional, el cual ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo por esta Sala en la sentencia No. 93/2001, en la que se dispuso que las decisiones susceptibles de revisión son:

“1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”.

En tal sentido, analizadas las actas que conforman el expediente, se constata que la sentencia objeto de examen se encuentra definitivamente firme por haber sido dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal. Además, la solicitud de revisión no se encuentra incurso en las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, el Ministerio Público, representado por la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su carácter de Fiscal Quinta del Ministerio Público para actuar ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fundamentó su solicitud de revisión haciendo cuatro denuncias, las cuales, de seguidas, esta Sala pre- cisa:

Sostuvo, en primer lugar, que la decisión proferida por la Sala de Casación Penal no se encontraba ajustada a derecho, por cuanto no se configuraron los supuestos para la procedencia de la institución jurídica del avocamiento; *“que en modo alguno se materializaron las premisas fácticas que dan soporte a la activación de dicho mecanismo judicial, es decir manifiesta injusticia, denegación de tal valor superior del ordenamiento jurídico, perturbación grave al interés público y social o necesidad de restablecer el orden en dicho proceso judicial”*.

El Ministerio Público alegó, en segundo lugar, que la Sala de Casación Penal traspasó *“sus límites competenciales”* al instar a dicho órgano a formular acusación contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justi-

niano de Jesús Martínez Carreño por los delitos que dicha “*instancia*” consideró procedentes, trastocando la autonomía e independencia de la cual goza el Ministerio Público.

Además, alegó la representante del Ministerio Público que la Sala de Casación Penal, cuando avocó la causa a petición del ciudadano Casimiro José Yánes, obvió notificar a esa representación fiscal para que ejerciera, dentro del procedimiento de avocamiento, su derecho a la defensa.

Por último, sostuvo que la Sala de Casación Penal violó la disposición contenida en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando desarrolló tres aspectos, a saber: a) el establecimiento del delito de desaparición forzada de personas como un delito instantáneo; b) el establecimiento del delito de desaparición forzada de personas como un delito que viola únicamente la libertad personal; y c) la aplicación del principio de irretroactividad de la ley, respecto del delito de desaparición forzada de personas.

Ahora bien, en ejercicio de su potestad de revisión esta Sala analizará el avocamiento realizado por la Sala de Casación Penal, las denuncias de violaciones del debido proceso en dicho procedimiento; la autonomía e independencia del Ministerio Público; y hará necesaria referencia al tratamiento jurídico del delito de desaparición forzada de personas en nuestra trayectoria constitucional.

...

1.- Consideraciones Teóricas.

De acuerdo con el artículo 45 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías; practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Asimismo, dispone ese precepto constitucional que los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas serán castigados de conformidad con la ley.

La anterior disposición constitucional fue incorporada en el Texto Fundamental en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual entró en vigencia al trigésimo día siguiente de la fecha en que se hizo el depósito de su ratificación ante la Secretaría General de la Orga-

nización de los Estados Americanos (publicada en la Gaceta Oficial No. 5.241, extraordinario del 6 de julio de 1998). Además, cabe acotar que Venezuela suscribió y ratificó, igualmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.

En efecto, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estado Venezolano —como lo señala el artículo I—, se compromete a sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, y, además, a tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en dicha Convención.

En todo caso, en el artículo IV de dicha Convención se indicó que: “[l]os hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos de cualquier Estado Parte”. Por ende, desde la fecha de suscripción, ratificación y depósito de dichos tratados, la falta de regulación expresa sobre tales delitos no es excusa para asegurar que las conductas que el Estado venezolano se obliga a sancionar conforme a los tratados suscritos quede impune o tenga una pena irrisoria en el orden interno, por cuanto, y haciendo suya la Sala un extracto de la jurisprudencia argentina: “la subsunción en tipos locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas [analizadas] (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *ius cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes” (Sistemas Penales Comparados, Revista Penal, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha), No. 14, julio 2004, p. 209).

No obstante, conforme a lo señalado por la Carta Magna, en la reforma del Código Penal, publicada en Gaceta Oficial No. 5.494, extraordinario, del 20 de octubre de 2000, se incluyó el tipo de desaparición forzada de personas, que se mantiene incólume en la última reforma del Código Penal del 13 de abril de 2005, en los siguientes términos:

“Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio de Estado que ilegítimamente prive su libertad a una persona,

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: DELITO PERMANENTE

y se niegue a reconocer la detención o dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o miembros colaboradores de tales grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcán forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de ese delito será sancionado con pena de doce años a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluido el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes”.

Se considera, pues, como desaparición forzada de personas: el arresto, detención o traslado contra la voluntad de las personas, o la privación de su libertad en alguna forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, o con su autorización o asentimiento; y que luego se nieguen a revelar la suerte o paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así de la protección de la ley. Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a

su familia. “*Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni otra penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro*”.

Además, cabe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado, igualmente, por la República de Venezuela, por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación y angustia en diversas partes del mundo, tal y como lo indica el “*preámbulo*” de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Organización de las Naciones Unidas, lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos.

Ahora bien, pese a que el citado artículo 181-a establece que el delito de desaparición forzada de personas es un *delito continuado*, el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prescribe que **todo acto de desaparición forzada será considerado como delito permanente** mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y no se hayan esclarecidos los hechos. Tal diferencia normativa obliga a esta Sala a precisar la naturaleza de dicho delito, es decir, si realmente es continuado o permanente, toda vez que tanto la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, forman parte del bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 de la Carta Magna y conforme con lo asentado por esta Sala en sentencia No. 278/2002, en la cual se indicó, lo siguiente:

“Así, se ha establecido que su facultad interpretativa merced a este medio está supeditada a que la norma a interpretar esté contenida en la Constitu-

ción (sent. n° 1415/2000, caso: Freddy Rangel Rojas, entre otras) o íntegro el llamado bloque de la Constitucionalidad (sent. n° 1860/2001, caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas), del cual formarían parte: a) los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (cf. sent. n° 1077/2000, caso: Servio Tulio León); b) las normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (cf. al respecto sent. n° 1563/2000, caso: Alfredo Peña) o, c) aquellas otras normas también de rango legal que cumplen una función constitucional, tal como lo ha justificado el Tribunal Constitucional español y lo ha comentado alguna doctrina (Rubio Llorente: El bloque de la constitucionalidad, en el Libro Homenaje a E. García de Enterría, Tomo I, págs. 3-27)” (resaltado de este fallo).

De manera, que al pertenecer la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas a dicho bloque se hace pertinente resolver, desde la perspectiva constitucional-penal, el contenido del artículo 17 de esa Convención Internacional que protege y desarrolla derechos humanos, pues la facultad interpretativa de la Sala implica dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del ya mencionado bloque.

Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente “*son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción*” (Reyes Echandía, Alfonso. “Ti-
picidad”. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1999. página 140)”.

El delito permanente “*supone el mantenimiento de una situación anti-jurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica*” (Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial PPU. Barcelona, España. 1990. página 216).

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala

de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o “*modus operandi*”.

La desaparición forzada de personas, por tanto, es un delito permanente como lo señala el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, toda vez que su consumación perdura en el tiempo hasta tanto el sujeto activo desee que ello culmine, o bien, por circunstancias ajenas a su voluntad. Ahora, al conceptualizar al bloque de la constitucionalidad la desaparición forzada de personas como un delito permanente, esta Sala debe analizar qué sucede si durante la consumación de la desaparición forzada de personas entra en vigencia la ley que lo contempla como hecho punible.

2. El Principio de Legalidad.

El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido configurado por la doctrina de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado.

Nuestra jurisprudencia patria plantea que necesariamente debe existir, previamente, la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal. Sin embargo, la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, ha aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible. Ello ocurre con los delitos permanentes o los continuados, en los cuales se señala que “*si la nueva ley entra en vigencia mientras perdura la permanencia o la continuación, se aplicará en todo caso esta ley, sea o no más favorable, y quedan sin san-*

ción los actos precedentes” (Arteaga Sánchez, Alberto. “*Derecho Penal Venezolano*”. McGraw- Hill Interamericana, 2006, Página 60).

Por tanto, compartiendo la premisa doctrinaria para dar operatividad al artículo 45 de la Carta Magna, esta Sala precisa que si durante la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo el sujeto activo sigue negado a revelar la suerte o paradero de la persona privada de libertad o a reconocer que se encuentra bajo ese estado, y a su vez, entra en vigencia en esta situación la tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, debe concluirse que los sujetos implicados en ese comportamiento pueden ser juzgados y declarados culpables y responsables del delito de desaparición forzada de personas, sin que ello implique retroactividad de la ley penal, pues se trata de la aplicación de la ley que configura el delito inconcluso.

Según se desprende de las actas que conforman el expediente, la hipótesis es válida en el presente caso, ya que, según el Ministerio Público, el comportamiento de los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez está en proceso de consumación, toda vez que, a pesar de que la acción sucedió en diciembre de 1999, aún no ha aparecido la víctima directa del delito, lo que configura como permanente al ilícito penal, por lo que a juicio de esta Sala es válido el procesamiento por el delito de desaparición forzada de personas, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley. De tal manera que la Sala de Casación Penal debió advertir esa posibilidad y no proceder a anular la acusación propuesta por la Fiscalía del Ministerio Público contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez, por cuanto ello era indispensable para que existiera una tutela judicial efectiva en el caso de autos. Así se decide.

Además, esta Sala observa que el Ministerio Público denuncia que la Sala de Casación Penal, al instar al Ministerio Público a formular acusación contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez Carreño, por los delitos que dicha “*instancia*” considera procedentes, traspasó “*sus límites competenciales*” por cuanto, a su juicio, es al titular de la acción penal, vale decir al Ministerio Público, a quien compete de manera exclusiva y excluyente y, por ende, independiente, acordar el acto conclusivo correspondiente, en función de la determinación autónoma y responsable que emerja del proceso de investigación, debiendo ceñirse única y estrictamente a la Constitución, los Tratados

Internacionales y las Leyes de la República; sin perjuicio del acto jurisdiccional de juzgamiento que compete al juez de instancia en sus respectivos grados de jurisdicción.

En el caso de autos, la Sala de Casación Penal le indicó al Ministerio Público cómo actuar dentro del proceso penal incoado contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez Carreño, limitando la posibilidad para el Ministerio Público de acusar por el delito de desaparición forzada de personas, por lo que, a juicio de la Sala, ello vulnera el principio básico constitucional de separación de poderes al establecer el órgano jurisdiccional bajo cuáles parámetros debía proponer el Ministerio Público la acusación penal.

Así pues, esta Sala Constitucional ha señalado, conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que el Ministerio Público es *autónomo e independiente*, por lo que ninguna instancia judicial puede obligarlo a acusar la comisión de un determinado delito, ni señalarle cómo concluir una investigación.

En efecto, esta Sala, en sentencia N° 1405, del 27 de julio de 2004, caso: *Isaac Pérez Recao*, señaló, respecto a la autonomía e independencia del Ministerio Público, lo siguiente:

“Ahora bien, esta Sala hace notar que el Ministerio Público, como órgano encargado de ordenar y dirigir la investigación penal, goza de autonomía, por lo que no puede obligársele, en el proceso penal ni a través del amparo, a que solicite el sobreseimiento de alguna causa que esté bajo su conocimiento”.

Dentro de esa autonomía e independencia, el Ministerio Público puede concluir de cualquier manera la fase de investigación y establecer en el libelo acusatorio el delito que con base en su autonomía impute a alguna persona. En efecto, el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, sólo debe obedecer a la ley y al derecho, por lo que no puede ningún Juez obligarlo a ejercer dicha acción penal para determinar la acusación de un determinado delito. En el ejercicio de la acción penal, por tanto, encontramos que el Ministerio Público debe, en caso de que lo considere conveniente y conforme lo señala el cardinal 4 del artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, formular la acusación, y ello debe hacerlo de acuerdo con los elementos de convicción que resulten de la investigación, para lo cual determinará, en forma clara y precisa, el hecho punible que considere que cometió el imputado, sin que ningún Tri-

bunal deba señalarle cuál es el delito que debe plasmar en el libelo acusatorio. Sin embargo, cabe acotar que lo anterior no es obstáculo para que los jueces penales establezcan durante el proceso penal, en las distintas fases, la calificación jurídica de los hechos, la cual puede ser distinta a la señalada por el Ministerio Público en la acusación. Así se declara.

Por tal motivo, esta Sala considera que la decisión dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, que impidió el autónomo ejercicio de la acusación penal al Ministerio Público frente a los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez por un delito distinto al delito de desaparición forzada de personas, cercena, a juicio de esta Sala, la autonomía e independencia de la cual goza dicha representación, vulnerando, a su vez, el principio de autonomía de los Poderes Públicos, en específico, la independencia del Poder Ciudadano establecido en el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prescribe que el Poder Ciudadano es independiente y sus órganos (Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República) gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. Así se declara.

Además, esta Sala no debe pasar por alto el análisis que hizo la Sala de Casación Penal respecto de la sentencia emitida por la Sala Constitucional, el 18 de diciembre de 2000, que resolvió el *habeas corpus* seguido a favor del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, ante el Juzgado Sexto de Control y la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de Estado Vargas.

Si bien la Sala de Casación Penal consideró que esta Sala Constitucional, en la referida decisión, señaló al Ministerio Público que debía acusar por un delito distinto a la desaparición forzada de personas, y con base en esa premisa procedió a anular la acusación que había presentado dicho ente Fiscal contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez Carreño, con ello incurrió en un falso supuesto por las razones siguientes:

En la decisión dictada el 18 de diciembre de 2000, que resolvió el amparo solicitado por la Defensoría del Pueblo en contra de la decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, que declaró no tener materia sobre la cual decidir, en relación a la solicitud de mandamiento de *habeas corpus* la Sala “instó” al Ministerio Pú-

blico a completar la investigación y a “procurar” el respectivo enjuiciamiento penal de aquellos funcionarios de la Dirección del Servicio de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia que hubieren participado, aun a título de encubridores, en la presunta comisión de delitos contra la libertad individual y contra la propiedad, en perjuicio del ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez, así como ejercer, en su caso, la acción civil derivada de dichos delitos.

Considera la Sala que la anterior sentencia no significaba que se le hubiese impartido una orden al Ministerio Público para acusar por un delito en específico, toda vez que, simplemente, se le instó a ejercer la acción penal derivada de los hechos ocurridos en diciembre de 1999, en los cuales desapareció el ciudadano Marco Antonio Monasterio Pérez. Lo señalado por esta Sala, en la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2000, mal podía implicar una obligación para el Ministerio Público, ni para algún Tribunal de la República, respecto a la consideración de si estaba configurada en el caso de autos la comisión o no, de un delito determinado, toda vez que se trataba de una petición para que se iniciara una averiguación penal, en la cual el Ministerio Público, en el ejercicio de su independencia y autonomía, tenía el deber, como lo hizo correctamente, de concluir la investigación para no dejar impune los hechos acaecidos en el Estado Vargas, durante el año 1999; más aún cuando, conforme se expresó, la independencia del Poder Ciudadano y, en específico, del Ministerio Público, impide que una orden en tal sentido pueda ser considerada como constitucional.

Ya esta Sala, en sentencia No. 102, del 11 de febrero de 2004 (caso: *Casimiro José Yáñez y otro*), se refirió al contenido de la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2000, en los siguientes términos:

“En relación con el contenido del texto del fallo que se acaba de reproducir parcialmente, se observa que esta Sala, consciente y respetuosa de la autonomía e independencia que el artículo 273 de la Constitución atribuye al Ministerio Público, como órgano del Poder Ciudadano, instó —no ordenó—, en función preventiva de la efectiva vigencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que, en representación del interés público, se reconoce al Ministerio Público, a que la investigación que, por la comisión de delitos contra la libertad personal, había sido iniciada, se extendiera a posibles delitos conexos contra la propiedad. Así las cosas, resulta obvio concluir que la presentación de acusación fiscal, por la comisión de dichos delitos,

estará necesariamente supeditada a que el representante del Ministerio Público estime, sin presiones indebidas, que hay una investigación que haya sido concluida y que, con base en ella, disponga de suficientes elementos de convicción para la sustentación, tanto de la comisión del hecho punible como de la participación de quienes sean presentados como imputados; todo, de acuerdo con los artículos 285, cardinales 3 y 4, de la Constitución, y 283 y 326, del Código Orgánico Procesal Penal. Por tanto, estima esta Sala que erró la Jueza de Control, legitimada pasiva en el presente proceso, cuando interpretó que esta Sala había ordenado al Ministerio Público, no solamente la investigación de la posible comisión de uno de los delitos contra la libertad individual, sino también contra la propiedad, razón por la cual advierte esta Sala al Juez de Control que deba conocer del respectivo acto fiscal conclusivo, sobre el deber de observancia que dicho jurisdicente tiene, en relación con la interpretación auténtica que se acaba de expresar”.

Por tanto, esta Sala declara ha lugar la solicitud de revisión constitucional interpuesta por la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su carácter de Fiscal Quinta del Ministerio Público para actuar ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de la sentencia No. 318, dictada el 11 de julio de 2006, por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia; anula la prenombrada decisión y, tomando en cuenta el principio de celeridad procesal, en aplicación de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ordena al Juez de Juicio que venía conociendo la causa antes de la solicitud de avocamiento que prosiga la causa penal seguida contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez, la cual se encuentra en el estado de que se celebre el juicio oral y público a los referidos ciudadanos. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: HA LUGAR la solicitud de revisión interpuesta por la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su carácter de Fiscal Quinta del Ministerio Público para actuar ante las Salas de Casación y

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de la sentencia No. 318, dictada el 11 de julio de 2006, por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia.

SEGUNDO: Se **ANULA** la sentencia No. 318, dictada el 11 de julio de 2006, por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia.

TERCERO: Se **ORDENA** al Juez de Juicio, que venía conociendo la causa antes de la solicitud de avocamiento, que prosiga la causa penal seguida contra los ciudadanos Casimiro José Yáñez y Justiniano de Jesús Martínez, la cual se encuentra en el estado de que se celebre el juicio oral y público a los referidos ciudadanos. A tal efecto, se ordena a la Secretaría de la Sala que remita copia certificada del presente fallo, al Presidente del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, para que se de cumplimiento a lo aquí señalado.

...

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su conformidad con el capítulo dispositivo del fallo que antecede; mas, por discrepancia parcial con los motivos de dicho acto juzgamiento, expide voto concurrente.

...

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN LOS CASOS DE DESAPARICIÓN FORZADA AL SER UN DELITO CONTINUADO

Sinopsis: La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia decidió en esta sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto contra un auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que rechazó la demanda por caducidad de la acción, fundamentando su decisión en el principio de irretroactividad de la ley. Se trata de un caso de desaparición forzada en el que el Consejo de Estado analizó en primer lugar la caducidad de la acción en estos casos, en segundo lugar la naturaleza del delito de desaparición forzada, y, por último, la retroactividad en casos de delitos continuados. La parte demandante alegó en su recurso de apelación que al ser la desaparición un delito de ejecución permanente se desliga de los plazos previstos por la ley. El término aplicable para intentar la acción sería, por ende, el previsto por la ley procesal vigente al momento en que aparezca la víctima, ya que la consumación de los hechos se prolonga en el tiempo. Para el Tribunal la caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica. En el año 2002 entró en vigencia la ley 589 mediante la cual se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada. Esta ley determinó como momento de inicio del conteo del plazo “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”. Para el Tribunal, dicha modificación posterior a los hechos del caso, no implica que la acción de reparación directa derivada de un delito de desaparición forzada no caduque, sino que por el contrario, ésta se produce una vez que vence el plazo para intentar la acción ante la Jurisdicción, esto es, cuando se da: i) el apareamiento de la víctima o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Por otra parte, la desaparición forzada de personas es considerada tanto en la legislación, doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional como delito de lesa humanidad por cuanto involucra además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano. Dicha conducta se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, e incorporadas a la legislación interna. El Tribunal observó que la desaparición forzada ha sido calificada por la Corte Interamericana como una violación múltiple y continuada de numerosos derechos humanos. Dicho carácter continuado proviene de la naturaleza misma de la desaparición, como quiera que se encuentra constituida por un conjunto de actos que se extiende en el tiempo. Se inicia con la privación de la libertad de la víctima, continúa con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento y finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero, en el estado en que se encuentre. La Sala verificó que existe una permanencia en el tiempo de la conducta delictiva que da lugar al daño cuya reparación se reclama, ya que hasta el momento se desconoce el paradero del desaparecido. Por lo anterior, concluyó que no puede predicarse la caducidad de la acción porque la conducta vulnerante no ha cesado; por el contrario, se ha extendido en el tiempo, situación que permite que sea regulada por leyes posteriores, toda vez que a la entrada en vigencia de las mismas la desaparición forzada continuaba y, en consecuencia, el daño no se había consolidado. Igualmente, cuando se demanda la reparación de un daño continuado en el tiempo, el término para intentar la acción solo inicia su conteo a partir del momento en que se verifique la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo. Lo anterior le permitió colegir que el carácter continuado del daño no impide acudir a la jurisdicción para reclamar indemnización en acción de reparación directa, como quiera que el mismo no se ha consolidado, situación que de igual manera no da lugar a la configuración del fenómeno de la caducidad. Por lo anterior, la Sala resolvió admitir la demanda presentada por los actores. Asimismo, el Tribunal hizo referencia a normas de carácter internacional en la solución del presente caso, como son la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. A su vez, de manera general se refirió a diversos tratados internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario; también se refirió a la Corte Interamericana en su fallo en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, y a la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia sobre el *Estrecho de Corfú*.

Synopsis: *The Administrative-Contentious Courtroom of the State Council of Colombia ruled in this judgment on the appeal lodged against a court order of the Administrative Tribunal in and for*

Cundinamarca that denied the lapsing of the action based on the principle of non-retroactivity of the law. This is a case of forced disappearance in which the State Council analyzed, in the first place, the lapsing of the action in this type of cases and, in the second place, the nature of the crime of forced disappearance and lastly, the retroactivity in cases involving continuing crimes. The plaintiff alleged in the appeal that in view of the fact that the disappearance is a permanent crime, it gets out of the terms established by law. The applicable term to proceed with the action would be, then, the term established by the procedural law in force at the moment the victim appears, since the commission of the facts continues in time. According to the Tribunal, the lapsing of the action is a phenomenon aimed at strengthening legal situations that, otherwise, would remain undetermined in time, providing therewith legal certainty. In the year 2002, Law No. 589 entered into force, proposing a change in the Administrative Contentious Code in relation to the moment the counting of time begins in order to proceed with an action for direct reparation to claim for the damages derived from the crime of forced disappearance. This law established that the moment to begin counting the legal term is “the date the victim appears or otherwise, as from the execution of the final judgment adopted in the criminal procedure without prejudice to the fact that such action may proceed as from the moment of the occurrence of the facts that gave rise to the disappearance”. According to the Tribunal, such modification, subsequent to the facts of the case, does not imply the non-lapsing of the action for direct reparation that derives from the crime of force disappearance but, otherwise, that the action lapses once the term to proceed with an action before the court expires, that is, when: i) the victim appears or ii) upon the enforcement of the final judgment adopted in the criminal proceeding.

Moreover, the forced disappearance of people is considered by the legislation, the doctrine and the domestic and international case-law as a crime against humanity, inasmuch as it involves, apart from fundamental rights of the victim, the social coexistence, peace and tranquility of the mankind. Said behavior is prohibited by international norms that were ratified by Colombia and incorporated in the domestic legislation. The Tribunal noted that the forced disappearance has been defined by the Inter-American Court as a multiple and continuing violation of several human rights. Said character of continuity comes from the same nature of the disappearance, since it is made up by a set of actions that extend in time. The action begins with the deprivation of liberty of the victim, it continues with the denial of the aggressor of acknowledging the fulfillment and the concealment and it ends with the release of the victim or the information of his or her whereabouts, whatever it is. The Courtroom confirmed that the criminal conduct remains in time, leading to the damage whose reparation is claimed, since there is no information of the whereabouts of the disappeared person up to that moment.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Based on the foregoing, the Tribunal concluded that the lapsing of the action cannot be preached since the criminal conduct has not still ended; on the contrary, it has extended in time, and this situation allows the regulation of subsequent laws inasmuch as upon the entry into force of such laws, the forced disappearance continued and, as a consequence, the damage was not still consolidated. Likewise, when the reparation of a continuing damage in time is being claimed, the term to proceed with the action is counted as from the moment in which the conduct or the fact that originated such conduct has finally ended. Based on the foregoing, the Tribunal was able to deduce that the continuing character of the damage does not hinder the access to justice in order to claim for compensation in an action for direct reparation, insofar as the same is not consolidated; furthermore, this situation does not entail the lapsing of the action. Taking into account the above mentioned, the Courtroom decided to admit the complaint filed by the plaintiffs. In addition, the Tribunal referred to international norms in the resolution of this case, such as the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons and the Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August, 1949. Furthermore, in general, it made reference to several international human rights treaties and the international humanitarian law; it also referred to a the judgment of the Inter-American Court in the case of Velásquez Rodríguez V Honduras and a judgment of the International Court of Justice in the case of Corfu Channel.

CONSEJO DE ESTADO
DE COLOMBIA

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO
POR HÉCTOR JAIME BELTRÁN PARRA,
CLARA PATRICIA, NIDIA AMANDA, JOSÉ ANTONIO
Y MARIO BELTRÁN FUENTES
SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2007

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

...

Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01514-01(31135)

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de 10 de marzo de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante el cual rechazó la demanda por caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 28 de julio de 2004, los señores Héctor Jaime Beltrán Parra, Clara Patricia, Nidia Amanda, José Antonio y Mario Beltrán Fuentes, a través de apoderado judicial, presentaron ante

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la Nación (Departamento Administrativo de Presidencia de la República - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Policía Nacional - Ejército Nacional) con el fin de que se le declare administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios causados con la desaparición forzada de la que fue objeto el señor Héctor Jaime Beltrán Fuentes, durante la Toma del Palacio de Justicia en hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando se encontraba trabajando en la cafetería del citado recinto (fls. 6 a 68 del cuaderno principal).

2. Trámite procesal

Por auto de 16 de diciembre de 2004, el Tribunal inadmitió la demanda y concedió un término de cinco días a la parte actora con el fin de que estimara razonadamente la cuantía y aclarara lo manifestado en relación con la inoperancia de la caducidad de la acción para el caso concreto.

La parte actora, a través de escrito presentado dentro del término señalado, realizó las precisiones y aclaraciones solicitadas por el a quo en la anterior providencia.

3. Providencia apelada

A través de auto de 10 de marzo de 2005, la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rechazó la demanda por considerar que se había configurado el fenómeno de caducidad de la acción.

Consideró que, contrario a lo manifestado por la parte actora, al caso en examen no le era aplicable lo establecido en el artículo 7° de la ley 589 de 2002, el cual establece que el término para intentar la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada se cuenta a partir de la fecha en que aparezca la víctima o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal que se haya adelantado al respecto.

Fundamentó su afirmación en el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en la ley 153 de 1887, sobre el cual la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2001 sostuvo que dicho precepto era la regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo. Afirmó que dentro del caso en examen no se presentó conflicto en el tiempo por cuanto frente a los actores se había consolidado una situación jurídica con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 589 de 2000, esto es la caducidad de la acción, razón por la cual tampoco le era aplicable el artículo 40 de la ley 153 de 1887,¹ en el entendido de que no se trataba de un caso de tránsito de legislación.

Sostuvo que el plazo a tener en cuenta para intentar la acción de reparación directa, dentro del caso de autos, era aquel “...que se encontraba vigente cuando empezó a correr...” esto es, el establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo anterior a la entrada en vigencia del artículo 7o. la ley 589, y que para el ejercicio de la acción de reparación directa consagraba dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los hechos, motivo por el cual afirmó que dicho término empezó a correr y se cumplió incluso con anterioridad al momento en que empezó a regir la modificación introducida en relación con el delito de desaparición forzada.

En relación con la afirmación de la parte demandante en el sentido de que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente, considerado como un crimen de lesa humanidad imprescriptible, sobre el cual no opera el fenómeno de la caducidad de la acción, por cuanto se trata de una conducta punible de ejecución continuada mientras no se conozca la suerte de la víctima, estimó el Tribunal que la misma no era aceptable, toda vez que solamente fue tipificada como delito con la expedición de la ley 589 de 2000, motivo por el cual al no estar prevista como tal “*la razonabilidad frente a los hechos que daban origen a la desaparición de personas era diferente, en forma tal*

¹ “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

que se tomaba como punto de partida el hecho que dio origen a la desaparición, pero no se valoraba el hecho como la comisión de un delito que se extendía en el tiempo en forma indefinida”, motivo por el cual consideró que el término culminado bajo la vigencia del decreto 01 de 1984 no podía revivirse con fundamento en la existencia de una nueva norma y a la tipificación de la conducta como delito, por cuanto frente a los demandantes se había concretado una situación jurídica subjetiva.

Finalmente puso de presente que otros miembros del grupo familiar de la persona desaparecida (cónyuge e hijas), promovieron la acción de reparación directa dentro de los 2 años siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la desaparición del señor Héctor Jaime Beltrán Fuente y fueron indemnizadas por los perjuicios sufridos, sin que los demás miembros de grupo familiar que ahora demandan (padre y hermanos) realizaran actuación alguna dentro de la oportunidad legal, pretendiendo estos últimos revivir un término cumplido con apoyo en una norma posterior que no tiene el alcance de modificar situaciones jurídicas que ya se habían consolidado.

4. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con el fin de que aquella sea revocada y, en su lugar, se admita la demanda y se continúe con el trámite del proceso.

Dentro de los motivos de su inconformidad, expuso, que teniendo la desaparición forzada un carácter de delito de ejecución permanente se desliga de los plazos previstos por la ley, por cuanto aquella se da durante el tiempo que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona ausente. Motivo por el cual sostiene el recurrente, que el término aplicable sería aquel previsto por la ley procesal vigente al momento en que aparezca la víctima del delito, en la condición que se encuentre, razón por la que estima que el *sub examine* se rige por lo establecido en el artículo 7o. de la ley 589 de 2000 y que por lo tanto la caducidad no se ha produ-

cido, por cuanto la víctima no ha aparecido, esto es la consumación de los hechos no se ha presentado, motivo por el cual el término para intentar la acción ni siquiera ha empezado a correr.

Sostiene que no ha solicitado la aplicación retroactiva de la ley 589 de 2000, toda vez que la víctima del delito no ha aparecido, y que para el año 1985, fecha en que ocurrieron los hechos que dan lugar a la presente reclamación, en Colombia ya se habían adoptado tratados internacionales sobre protección de derechos humanos, los cuales servían de fundamento para investigar y sancionar la desaparición forzada de personas por cuanto esta conducta viola un conjunto de derechos protegidos por los instrumentos internacionales que han sido ratificados por el país en la materia.

En relación con la interpretación hecha por el Tribunal sobre algunas normas de la ley 153 de 1887, y la vigencia y aplicación de las mismas en el tiempo, sostuvo que fue incompleta y omisiva toda vez que no tuvo en cuenta lo dispuesto por los artículos 8o. y 9o. de la citada normativa y el 12 de la Constitución en el entendido de que todas las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano, incluidas las del Código Contencioso Administrativo deben observar los preceptos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Afirman los actores, además, que en su calidad de familiares del señor Héctor Jaime Beltrán Fuentes, desaparecido en la toma del Palacio de Justicia, se les ha vulnerado los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, toda vez que los hechos que involucran a los desaparecidos de la cafetería del citado lugar “jamás han sido objeto de investigación, ni de juzgamiento”. Consideran que corresponde al Consejo de Estado adoptar las medidas consecuenciales para impedir la absoluta impunidad respecto a la desaparición de las 11 personas de la cafetería del Palacio logrando así sea, en parte, la reparación integral del daño a ellos causado por cuanto “ni las investigaciones penales ni disciplinarias han sido satisfechos los derechos de las víctimas”.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto que rechazó la demanda por caducidad de la acción, proferido por un Tribunal y en asunto de dos instancias (arts. 129 y 181 num. 1° del C. C. A.).

El problema jurídico planteado en la apelación se refiere a la posibilidad de aplicación de lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 589 de 2002, sobre el momento en que se inicia el conteo para intentar la acción de reparación directa en los casos de desaparición forzada, en relación con hechos que se presentaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley y frente a los cuales se predica la consolidación de una situación jurídica, de caducidad de la acción.

1. La caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, pues una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia. Al respecto la doctrina ha manifestado que dicha institución se ha creado *“por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas, la caducidad que juega a ese respecto un decisivo papel, cierra toda posibilidad al debate jurisdiccional y acaba así con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición... De allí que para evitar esa incertidumbre se haya señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual el derecho no podrá ejercerse, dándole aplicación al principio de*

*que el interés general de la colectividad debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada...*²

Es por lo anterior que el Código Contencioso Administrativo ha regulado el tema de la caducidad señalando diferentes términos para ejercer cada una de las acciones por él previstas; para el caso de la acción de reparación directa en el numeral 8o. del artículo 136 se estableció que *“al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”* ocurría el fenómeno de la caducidad de la acción, impidiendo con ella su ejercicio y sacando de la jurisdicción el conocimiento de dicho asunto.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 589 de 2002, se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es *“a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”*.³

Lo anterior, hace necesario precisar que dicha modificación no implica que la acción de reparación directa derivada de un delito de desaparición forzada no caduque, sino que por el contrario, ésta se produce una vez vence el plazo para intentar la acción ante la Jurisdicción, introduciendo el Legislador una variación en relación con el momento en que inicia el conteo de dicho término, por cuanto lo somete a la ocurrencia de una de

² BETANCUR Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Señal Editora, quinta Edición, 1ra reimpresión reimpresión. Medellín, Colombia. Pag 151.

³ Artículo 7o. ley 589 de 2000.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

varias condiciones: i) el aparecimiento de la víctima⁴ o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.⁵ Sin

⁴ O la Ejecutoria de la providencia a través de la cual se declara la muerte presunta por desaparecimiento ante la jurisdicción ordinaria, por cuanto la cesación de los efectos civiles de tal declaración equivalen a los de la muerte natural.

⁵ Recuérdese que a diferencia de la acción de reparación directa intentada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la acción penal derivada del delito de desaparición forzada no prescribe, así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C -580 de 2002 al examinar la ley 707 del 28 de noviembre de 2001 *“Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”*, en la que dicha Corporación sostuvo: *“Sin duda, la imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada puede afectar los derechos de las personas inculpadas, y puede disminuir sus posibilidades de defensa por la dificultad de acceso a las pruebas. Sin embargo, la demora en cumplir el deber de investigar no es una excusa válida para dejar de hacerlo. La prontitud, más allá de su función como garantía subjetiva del derecho de acceso a la administración de justicia en favor de los inculcados, cumple un papel como principio objetivo de la función judicial, encaminado al logro de la justicia en favor de todos los que tengan un interés legítimo en el resultado del proceso. Por lo tanto, al operar a favor del sindicado no puede terminar afectando negativamente la finalidad general que persigue. Además, la mediatez temporal de las pruebas afecta por igual a todas las partes en el proceso. Por lo tanto, no se puede afirmar que sea una circunstancia que disminuya las posibilidades probatorias de la parte que se defiende a favor del ente acusador o de la parte civil.*

(...)

“Si la acción penal ha prescrito por la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber de investigar y de identificar a los responsables, éste no puede alegar su propio hecho aduciendo la prescripción, y haciendo nugatorio el interés general y el derecho de las personas afectadas de conocer la verdad y a la realización efectiva de la justicia. En esa medida, la prescripción de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas constituye un límite para la realización de los objetivos y valores constitucionales de proteger la dignidad de la vida humana a través de la erradicación de la impunidad. Por tal motivo, el interés en recibir pronta justicia no es un argumento suficiente para fundamentar la interpretación según la cual la Carta prohíbe la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de la desaparición forzada.

(...)

“Habiendo establecido que la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de desaparición forzada es un mecanismo idóneo para realizar los intereses que va encaminada a proteger, pasa entonces la Corte a establecer si es una medida necesaria.

que varíe por ello el término de dos años previstos en la norma.⁶

2. De la Desaparición Forzada

La desaparición forzada de personas es considerada tanto en la legislación, doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional como delito de lesa humanidad por cuanto involucra

“Dado que, independientemente del tiempo transcurrido, el Estado tiene las obligaciones de investigar los hechos y de juzgar a los responsables, el análisis debe hacerse teniendo en cuenta la idoneidad de las alternativas de las cuales dispone el Estado para llevar a cabo la investigación. En este sentido, podría alegarse que la acción penal no es el único medio para saber la verdad, identificar a los responsables y reparar a las víctimas. Por lo tanto, debería preferirse otro mecanismo que no afectara tanto los derechos de las personas inculpadas de haber cometido una desaparición forzada de personas. Así, en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, puede alegarse que las víctimas del delito tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar del Estado la reparación directa de los perjuicios causados. Además, este proceso es público, y al serlo, se satisface también el interés general en conocer la verdad e identificar a las autoridades responsables. (negrillas de las sala)

“Sin embargo, ello no satisface el interés en atribuir responsabilidades individuales. En primer lugar, debido al corto término de caducidad de dicha acción. Por otra parte, a pesar de que en la acción de reparación directa se establecen ciertos hechos, no tiene por objeto determinar quién los cometió, ni atribuirles responsabilidades individuales a las personas. Si bien dentro de dicha acción se debe establecer la responsabilidad del Estado por un daño, no es necesario que se identifique plenamente a cada uno de los sujetos responsables. En efecto, al margen de la responsabilidad eventual del Estado por la autorización, el apoyo, o la aquiescencia de cometer el delito de desaparición forzada, los sujetos activos del mismo no necesariamente son funcionarios, ni la conducta, en todas sus modalidades requiere una participación del Estado.

“Por otra parte, también en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, la acción de reparación directa no resulta tan eficaz como la acción penal. Así, aun cuando el tiempo puede imponer barreras para el esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, son la Fiscalía General de la Nación y sus órganos adscritos, y no las partes, el juez o los auxiliares de la justicia dentro de un proceso contencioso administrativo, quienes tienen la mayor disponibilidad de los medios técnicos necesarios para sobrepasarlas”.

⁶ En el mismo sentido véase la sentencia de 28 de noviembre de 2002, radicado al No. 12.812.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano.⁷

Dicha conducta se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, como es el caso del artículo 2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional,⁸ realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, el cual fue incorporado a la legislación interna a través de la Ley 171 del 1994; y del artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 a través del cual se reguló lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales,⁹ instrumento que no improbó la Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991.¹⁰

En relación con este punto la Corte Constitucional a través de la sentencia C-225 de 1995 manifestó:

“En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2o. de la Constitución dispone que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia

⁷ Al respecto véase la Sentencia de 22 de abril de 2004, expediente radicado al No.14.240.

⁸ Protocolo II.

⁹ Protocolo I.

¹⁰ La Corte Constitucional declaró exequible el Protocolo I, mediante sentencia C-574 de 1992. Posteriormente, se expidió la ley 11 de 1992, aprobatoria del mismo convenio, pero la Corte Constitucional, en sentencia C-88 de 1993 la declaró inexecutable por considerar que “tanto el Congreso como el Presidente de la República desbordaron sus competencias constitucionales al pretender expedir -el primero- y sancionar -el segundo- leyes sobre materias que, sustraídas expresamente de los procedimientos ordinarios de actuación de tales poderes, el Constituyente sometió a un especialísimo proceso de gestación, tal como el previsto en el artículo 58 transitorio respecto de los tratados y convenios internacionales que, al momento de entrar a regir la nueva Carta Política ya hubiesen sido aprobados por una de las dos Cámaras. En esas condiciones, mal podían el Senado y el Presidente de la República hacer caso omiso del mandato constitucional citado, y proseguir con el trámite de aprobación y de expedición de la referida ley. Dicho proceder comporta ostensible trasgresión a la disposición transitoria No. 58 de la Carta”.

no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*”.¹¹ Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias *per se* en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas “consideraciones elementales de humanidad”, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*”.¹²

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada define esta conducta como “*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 falta de información o de la negativa a*

¹¹ Sentencia C-574 de 1992.

¹² Ver sentencia de la Corte Constitucional.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

*reconocer dicha privación de la 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”.*¹³

Al respecto, el artículo 12 de la Constitución Política establece que “*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” y la ley 707 de 2001 “*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*” y a través de la cual se define la desaparición forzada como:

“...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.”

Como desarrollo de la anterior preceptiva el Legislador tipificó el delito de desaparición forzada en el artículo 165 del código Penal (ley 599 de 2000) de la siguiente manera:

“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley...”

La desaparición forzada ha sido calificada por la Corte Interamericana como una violación múltiple y continuada de numerosos derechos humanos, es así como dentro del fallo de 29 de julio de 1988 proferido en el Caso Velásquez Rodríguez manifestó:

¹³ En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, aprobado mediante ley 742 de 2002, se determinó esta conducta como “...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política o con autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

“La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad de conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto (...).

“Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

(...)

“Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho a la integridad física (...).

“La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron ...” (subraya de la Sala)

Al respecto, la doctrina ha reconocido que dicho carácter continuado proviene de la naturaleza misma de la desaparición, como quiera que ésta deviene de varios actos que comienzan con la desaparición y finalizan al encontrarse el paradero de la víctima, por lo cual se extiende en el tiempo, al respecto la Tratadista Sonya Parayre explica:

“El fenómeno de las desapariciones forzadas en varios actos lesivos desde el momento de la desaparición hasta el encuentro del paradero de la víctima. Esta compartimentación tiene relevancia por el papel del tiempo en la consumación del delito y la competencia *ratio temporis*, ya que si el Estado ha violado en varios momentos, a partir de varios actos, los derechos de la perso-

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

na humana en cuestión, las consecuencias siguen en el tiempo...”¹⁴

En igual sentido la Corte Constitucional, en la sentencia C-580 de 31 de julio de 2002, al pronunciarse de oficio sobre la constitucionalidad de la ley 707 de 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, manifestó:

“...este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. **Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales.**¹⁵

¹⁴ La Desaparición Forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Revista IIDH. Vol 29.1999. pag. 29 a67.

¹⁵ Así mismo, dice el numeral 2º del artículo 17 de la Declaración 47/133: “2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos.” Por su parte, el artículo 2º del mencionado Pacto dice:

“3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia.¹⁶ (negrilla de la Sala)

3. El caso en concreto

Considera la Sala que es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 589 de 2002, cuando se trata de hechos de desaparición forzada que se presentaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley y en los casos en que no se encuentra consolidado el fenómeno de la caducidad de la acción, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se tiene que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extiende en el tiempo. Se inicia con la privación de la libertad de la víctima, continúa con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento y finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero, en el estado en que se encuentre.

De la lectura de la demanda se entiende que los perjuicios cuya indemnización se reclama tienen por causa el desaparecimiento del señor Héctor Jaime Beltrán Fuentes, en hechos ocurridos durante la toma del Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero. Así las cosas, la Sala verifica que existe una permanencia en el tiempo de la conducta vulnerante que da lugar al daño cuya reparación se reclama, como quiera que hasta el momento se desconoce la suerte del afectado.

Por lo anterior, no puede predicarse la caducidad de la acción dentro del presente asunto, porque la conducta vulnerante no

¹⁶ En tal sentido, el artículo 26 del Código Penal establece que “[l]a conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado”.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

ha cesado, por el contrario, se ha extendido en el tiempo, situación que permite que esta facticidad sea regulada por la ley 589 de 2000,¹⁷ toda vez que a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es el 7 de julio de 2000,¹⁸ la desaparición forzada que se demanda continuaba y en consecuencia el daño no se había consolidado.

Más aun, si se quiere prescindir del anterior análisis, y del cuerpo normativo que permite colegir las inferencias ya expuestas, en aras de abundar en razones, puede señalarse sin anfibología alguna que aún bajo el esquema de la caducidad regulada en el decreto 01 de 1984, se llegaría a la misma conclusión en el sentido de que la acción no se encuentra caducada, como pasa a demostrarse.

En efecto, los daños que se reclaman tienen la calidad de continuados como quiera que se producen de manera sucesiva en el tiempo, esto es, día a día sin que exista solución de continuidad. Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de que cuando se demanda la reparación de un daño continuado en el tiempo, como sería el caso de la desaparición forzada, el término para intentar la acción, solo inicia su conteo a partir del momento en que se verifique la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo.

Sobre el punto, la Corporación mediante auto de 15 de febrero de 1996, expediente 11.239 expuso:

“En éste momento del discurso judicial, la Sala reitera la pauta jurisprudencial en el sentido de que en casos como el presente, cuando los daños se van causando día a día, esto es, en forma de tracto sucesivo, el término de caducidad no se agota mientras los daños se sigan produciendo. En esta materia la Sala hace suya la perspectiva doctrinaria que el Dr. Tomás Ramón Fernández maneja en su conferencia: “El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado”, Abeledo Perrot, pag. 105, en la cual se lee:

¹⁷ Fecha en que fue publicada en el diario oficial No. 44.073 en conformidad con lo dispuesto en su artículo 18.

¹⁸

“El dies a - quo del cómputo es también, desde hace años, objeto de un análisis muy amplio estimándose que EL PLAZO NO EMPIEZA A CORRER EN TANTO LOS DAÑOS SE SIGAN PRODUCIENDO POR MUCHO QUE SEA EL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE QUE TUVO LUGAR EL HECHO QUE LOS DESENCADENO (Subraya de la Sala)”

“Así las cosas, en la especie, es forzoso hacer, por razones de justicia y también de equidad, una interpretación generosa del momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, para permitir la admisión de la demanda y con ésta, el acceso a la administración de justicia”.

En igual sentido la Sala ha manifestado que:

“...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen”.¹⁹

¹⁹ En sentencia de 16 de agosto de 2001, expediente radicado al No. 13.772.

CRITERIOS PARA APLICAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Posición jurisprudencial vernácula que ha sido compartida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia extranjera. Al respecto el insigne tratadista Jesús González Pérez, citando una providencia de 22 de junio de 1995 del Tribunal Supremo Español²⁰, en la que al realizarse un *tertium comparationis* entre los daños permanentes y los continuados, se logra establecer cual es el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación frente a estos últimos, el razonamiento discurre así:

“En lo que al primer aspecto enunciado se refiere, ha de señalarse que estamos en presencia de los que ha venido denominándose daños continuados, por contraposición al concepto de daños permanentes, entendiéndose por los primeros aquellos en que el acto generador de los mismo se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad.

“En el presente caso nos encontramos ante unos daños continuados, derivados de la instalación de un estercolero en las inmediaciones de las parcelas del demandante, cuyos efectos, fundamentalmente los humos producidos por la quema de basura, producen día a día un efecto perjudicial sobre las plantaciones de naranjas, esfoliaciones y retraso en el crecimiento, daños que se agravan de forma progresiva y continuada cada año que pasa.

“Respecto de los daños primeramente definidos, los permanentes, es evidente que producido el acto causante del resultado lesivo éste queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la valoración que se haga a efectos de reclamación en vía administrativa ha de ser vinculante para el reclamante, ello porque la agravación del daño habrá de provenir de la concurrencia de un hecho nuevo.

“Por el contrario, en el supuesto de los daños continuados, al producirse éstos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de

²⁰ Ar.4780 Ponente Sierra.

continuidad, como consecuencia de un único hecho inicial, nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismo los que ha llevado a la jurisprudencia a señalar, con reiteración, que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad no empieza a computarse hasta que cesan los efectos lesivos, por contraposición a los que ocurren en el supuesto de daños permanentes.”²¹ (negrilla de la Sala)

Lo anterior permite de manera inhesitable colegir que el carácter continuado del daño no impide acudir a la jurisdicción para reclamar su indemnización en acción de reparación directa, como quiera que el mismo no se ha consolidado, situación que de igual manera no da lugar a la configuración del fenómeno de la caducidad.

Así las cosas, la Sala revocará la providencia impugnada, y en su lugar, previo a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo procederá a admitir la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera

RESUELVE:

Revócase el auto proferido por la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 10 de marzo de 2005, por medio del cual rechazó la demanda y en su lugar se resuelve:

Primero: Por reunir los requisitos establecidos en los artículos 137 y siguientes del C.C. Administrativo, SE ADMITE la demanda presentada por los actores, en ejercicio de la acción de reparación directa.

...

²¹ Responsabilidad Patrimonial e las Administraciones Públicas. Primera Edición. editorial Civitas. Madrid 1996. pag 381 y 382.

NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN RAZÓN DE SU CARÁCTER CONTINUADO

Sinopsis: La Corte de Constitucionalidad de Guatemala resolvió un incidente en el que se alegó la inconstitucionalidad del artículo 201 *ter* del Código Penal de ese país, relativo al delito de desaparición forzada de personas, por considerar que su aplicación transgredía el principio de irretroactividad de la ley establecido en la Constitución Política en virtud de que dicho delito no se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos punibles en el caso concreto. La Corte de Constitucionalidad resolvió que el delito de desaparición forzada de personas, al ser de carácter permanente y continuado, no conlleva retroactividad en su aplicación pues aunque la conducta haya iniciado con anterioridad a su entrada en vigor, en caso de persistir, queda inmersa dentro de su alcance temporal posterior. Asimismo, la Corte estableció que dicho carácter permanente con la que se tipificó en el Código Penal es acorde con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual es parte el Estado de Guatemala. En su decisión, entre otros, la Corte de Constitucionalidad se refirió a los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, y *Blake vs. Guatemala*, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Synopsis: *The Court of Constitutionality of Guatemala issued a ruling in a petition wherein the non-constitutionality of Article 201 ter of the Criminal Code of said country regarding the crime of forced disappearance of persons was alleged, on the grounds that its application violated the principle of the non-retroactivity of the law as set forth in the Political Constitution, since said crime was not defined at the time the facts denounced in the case at hand were committed. The Court of Constitutionality ruled that being of a permanent and continuous nature, the crime of forced disappearance of persons may not possibly be retroactive, for even though the conduct may have been started before the law came into force, its persis-*

NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA APLICACIÓN DEL DELITO

tence in time renders it ongoing. Furthermore, the Court ruled that the permanent nature attributed to said crime as defined in the Criminal Code is in keeping with the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, to which the State of Guatemala is a party. In its decision, inter alia, the Court of Constitutionality referred to the cases of Velásquez-Rodríguez v. Honduras, and Blake v. Guatemala, both submitted to the Inter-American Court of Human Rights.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD

INSTAURADO POR FELIPE CUSANERO COJ SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2009

En apelación y con sus antecedentes, se examina el auto de veinticinco de marzo de dos mil ocho, dictado por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango, en carácter de Tribunal Constitucional, en el incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto del artículo 201 *Ter* del Código Penal planteado por Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj. El postulante actuó con su propio patrocinio.

ANTECEDENTES

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD

A) Caso concreto que se plantea: proceso penal que por el delito de Desapariciones forzosas se sigue contra Felipe Cusanero Coj ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango. **B) Norma que se impugna de inconstitucionalidad:** artículo 201 *Ter* del Código Penal. **C) Norma constitucional que se estima violada:** citó el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala. **D) Fundamento jurídico que se invoca como base de la inconstitucionalidad:** lo expuesto por el solicitante, dentro de la audiencia que por seis días se confiere a los sujetos procesales, en la fase de debate oral y público, se resume: **a)** en el proceso penal que se sigue contra su defendido, se le pretende sindicarlo del delito de Desapariciones forzosas en el que se han cometido muchas violaciones al debido proceso y en el caso de estudio se establece a futuro el acaecimiento de un daño eminente contra el sindicato, ya que la norma impugnada contraviene los artículos 15 constitucional; 11 de la Declaración de Derechos Humanos; 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23 del Estatuto de Roma; 7 de la ley del Organismo Judicial; 1 del

Código Penal; y 2 del Código Procesal Penal; **b)** el sindicado fue procesado por hechos cometidos durante los años de mil novecientos ochenta y dos y mil novecientos ochenta y cuatro, fechas en la que aún no se encontraba vigente la normativa que se le pretende aplicar, razón por la cual se transgrede el principio de legalidad al aplicarle retroactivamente un tipo penal no vigente en dicho período. Solicitó que se declare con lugar el incidente de inconstitucional en caso concreto y, como consecuencia, inaplicable el artículo 201 *Ter* del Código Penal. **E) Resolución de primer grado:** el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango, en carácter de Tribunal Constitucional, consideró: “(...) *Este Tribunal considera que la norma atacada de inconstitucional (artículo 201 Ter del Código Penal, vigente) en ningún momento contradice el artículo 15 de la Constitución de la República, toda vez que se trata de una norma contenida en una ley ordinaria la cual se encuentra vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, expresa que la Ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorezca al reo. Cabe mencionar que contra el artículo 201 Ter del Código Penal, ya fue planteado anteriormente el mismo incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto por parte de la abogada defensora del acusado Felipe Cusanero Coj, Licenciada Griselda Patricia López Maldonado de Sentés; bajo los mismos argumentos esgrimidos por el abogado defensor Mario Humberto Smith Ángel, resolviéndose con fecha dos de agosto de dos mil seis este Tribunal constituido en Tribunal Constitucional en auto, declaró sin lugar dicha acción y al haberse planteado apelación ante la Honorable Corte de Constitucionalidad la misma con fecha veinte de junio de dos mil siete resolvió sin lugar el recurso de apelación interpuesto habiendo confirmado lo resuelto por este Tribunal en dicha oportunidad. Por lo que los suscritos jueces observamos que el planteamiento del incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto carece de análisis jurídico-confrontantito necesario que permita a este Tribunal convertido en Tribunal Constitucional, apreciar que dicha norma ordinaria atacada es o no contraria a preceptos constitucionales, sino por el contrario, el abogado defensor únicamente argumenta que dicha norma viola el artículo 15 constitucional porque no se puede aplicar en forma retroactiva dicho artículo del Código Penal al caso concreto (...) siendo improce-*

dente su pretensión (...) nos inclinamos por condenar en costas e imponer la multa de mil quetzales al abogado interponente del presente incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, abogado Mario Humberto Smith Ángel (...). Y resolvió: “(...) I) Declara sin lugar el incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto del artículo 201 Ter del Código Penal; plantado por el defensor Mario Humberto Smith Ángel, por las consideraciones analizadas; II) Se condena en costas al interponente y se le impone la multa de mil quetzales al abogado interponente Mario Humberto Smith Ángel, por razones las consideradas (...)”.

II. APELACIÓN

El accionante apeló.

III. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA PÚBLICA

A) El interponente reiteró los argumentos vertidos en el escrito inicial de inconstitucionalidad de ley en caso concreto. Solicitó que se declare con lugar el recurso de apelación planteado, y por ende, la inconstitucionalidad del artículo 201 Ter del Código Penal y su inaplicabilidad al caso concreto. **B) Hilarión López Osorio y Aura Elena Farfán, querellantes adhesivos**, manifestaron que el presente caso encuadra dentro del tipo penal de Desaparición forzada, tipificado en el artículo 201 *Ter* del Código Penal, así como en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de las cuales Guatemala forma parte. Consideran que la naturaleza compleja del delito precitado radica en: a) es específico y autónomo, constituyendo una forma compleja de violación de los derechos humanos (con hechos delictivos conexos) por lo que requiere que sea comprendido de una manera integral. Conlleva la privación arbitraria de libertad, la incomunicación de la víctima, el aislamiento del cadáver de la víctima, acompañado del silencio oficial, las negaciones, y la obstrucción de justicia y la incertidumbre sobre el lugar donde se encuentra la víctima. La

desaparición forzada pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando así el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención; b) es una violación particularmente grave. En este delito existe una violación de derechos de carácter inderogable, como el propio derecho fundamental a la vida, en el marco de una situación permanente. Es por ello que este delito, en su práctica sistemática, es considerado un crimen de lesa humanidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Bámaca, en su párrafo ciento treinta señaló: “...De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición forzada ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron...”; y c) es una violación permanente. Existen delitos en que la actividad consumativa no cesa al perfeccionar los mismos sino que perdura en el tiempo, de modo que, citando a Sebastián Soler: “*todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación*”. El cese de la situación antijurídica depende de la voluntad del sujeto activo, por esto y con razón, el Código Penal define el delito de Desaparición forzada como permanente: “...*El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima*”. El carácter permanente estriba en que la acción que da lugar al tipo penal continúa perpetrándose hasta que se conozca el paradero de la víctima, se le libere o se esclarezcan los hechos. Ya en el caso concreto que nos ocupa, conforme al principio de legalidad, corresponde aplicar la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho punible, y dadas las características de la conducta atribuible a Felipe Cusanero Coj, el hecho se ha consumado cada instante hasta el momento en que se conozca el paradero, se libere a la persona o se esclarezca el hecho. No sería aplicar retroactivamente la norma a casos de desaparición forzada que ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia y que terminaron antes de que fuera aprobada la nueva norma. Es decir, no podría aplicarse el tipo de este delito si la víctima ya no continuare desaparecida, si hubiera sido liberada. Por el contrario, si la víctima continúa desaparecida, se debe aplicar la ley vigente al momento de la terminación del delito. Solicitaron que sea declarada

sin lugar la apelación de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto planteada. **C) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía Distrital de Chimaltenango**, consideró que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que la práctica sistemática de este delito constituye un crimen de lesa humanidad y que la práctica de 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 mismo, es un delito que se estima continuado o permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Y esta situación especial en la comisión de este delito se proyecta hacia el futuro y su acción continúa cometiéndose mientras tanto no se libere a la víctima, lo que lo hace imprescriptible; por lo que, en este caso, no se ha vulnerado el principio jurídico del debido proceso. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación intentado. **D) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, se pronunció indicando que los argumentos en que el postulante fundamentó dicho planteamiento no son suficientes para demostrar el vicio que se denuncia, ello porque la inconstitucionalidad de las leyes no deviene únicamente por su aplicación dentro de determinado proceso, sino además debe acreditarse dicho vicio, mediante argumentos jurídicos que reflejen que el contenido material de las normas cuestionadas o en razón de su creación, resultan inconstitucionales frente a las normas fundamentales que se denuncias violadas, ya sea por contravención, restricción o tergiversación de estas últimas, lo cual no se ha señalado en forma concreta en el presente caso. De manera que, si el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Chimaltenango, aplica el artículo 201 *Ter* del Código Penal durante el juicio oral y público sometido a su conocimiento, esa actividad jurisdiccional no implica que la norma que sirve de base a dicho proceso sea inconstitucional, sino, lo que eventualmente resultaría violatorio de normas constitucionales es el proceder de la autoridad jurisdiccional que conoce del mismo; sin embargo, esa actividad jurisdiccional no es objeto de control de inconstitucionalidad, sino lo sería de los recursos ordinarios contemplado en el Código Procesal Penal o en su caso, de otra garantía constitucional, en vista de que la violación que se denuncia no es a normas constitucionales propiamente, sino eventualmente al debido proceso. Pidió que se

NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA APLICACIÓN DEL DELITO

declare sin lugar el recurso de apelación interpuesto, se confirme el auto impugnado y que sea declarado sin lugar el planteamiento de inconstitucionalidad de ley en caso concreto promovido por el abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, contra el artículo 201 *Ter* del Código Penal.

CONSIDERANDO

-I-

El artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia o en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad.

-II-

En el caso de estudio, Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, promueve inconstitucionalidad de ley en caso concreto, pretendiendo la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 201 *Ter* del Código Penal, en el proceso penal incoado contra su defendido por el delito de Desaparición Forzada, al considerar que dicha norma colisiona con los artículos 15 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues en forma retroactiva se está efectuando su aplicación, ya que en las fechas en que ocurrieron los hechos descritos no estaban expresamente calificados como delito en ninguna ley.

-III-

De la lectura de las constancias procesales se desprende que la pretensión de inconstitucionalidad se encuentra fundada sustancialmente en la apreciación de que apareja conculcación del mandato constitucional de irretroactividad de la ley lo dispuesto en el artículo 201 *ter* del Código

Penal. El pasaje vinculado a ese reproche es el que refiere que “(...) *El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima (...)*”.

Al respecto cabe acotar que doctrinariamente se utiliza el término *delito permanente* para hacer alusión a una conducta mediante la cual se crea una situación jurídica que perdura determinado tiempo; se conserva la noción de unidad de acción, pues no deja de existir un solo delito por la circunstancia de que la acción típica se venga repitiendo o sucediendo en el tiempo [DIEZ, José Luis/GIMÉNEZ-SALINAS, Esther (coordinadores), *Manual de derecho penal guatemalteco -Parte general-*, Artemis Edinter, S.A., 2001, pág. 499].

Es decir, aquella acción entendida como única en su tipo, pero con la particularidad de ser duradera (privar de libertad, retener, asociarse, etc.) y, además, dependiente, en la totalidad de su ejecución, de la voluntad del sujeto activo. Ello implica, por ende, que todos los momentos de su duración pueden ser considerados consumación, por lo que constituye una dilación o duración en el tiempo del estado mismo de la consumación [CAROLI, Milton, *Curso de derecho penal uruguayo*, FCU, 1990, pág. 152].

El traslado de tales conceptos al tipo penal que ocupa el examen de mérito explica el carácter permanente con el que figura positivado aquél en la legislación guatemalteca y porqué no entraña retroactividad en su aplicación. La desaparición forzosa puede haber iniciado con antelación a la entrada en vigencia de la norma que la describe como ilícita y penable, pero aquel carácter –recogido en el texto legal por ser intrínseco a su naturaleza– supone que, en caso de persistir, aquella situación fáctica queda inmersa dentro del alcance temporal de la ley, es decir, lo relevante en función de determinar si es penalmente perseguible dicha conducta no es cuándo empezó, sino si ha terminado de producirse.

En los mismos términos alude al referido delito en el contexto del derecho convencional internacional (en el cual es considerado *de lesa humanidad*) el jurista argentino Rodolfo Mattaorollo: “(...) *En lo que se refiere a las desapariciones forzadas de personas que habiendo comenzado antes de la entrada en vigencia de la Convención [Americana de Derechos Humanos], no hayan cesado después, la aplicación del tratado tendría a su favor, además, del anterior, el argumento que su procedencia deriva también del carácter de delito continuado desde el secuestro de la víctima, hasta el momento de su libertad o de su muerte,*

fehacientemente comprobada (...) [¿Qué puede hacer el Derecho Internacional frente a las desapariciones? Las desapariciones: crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada e personas. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1987, pág. 189].

De hecho, vale destacar que el carácter permanente con el que aparece tipificada la desaparición forzada en el Código Penal se encuentra en consonancia con el contenido de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de dos mil—, en cuyo artículo III aparece dispuesto: “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (...)*”. Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado, que como ello indica, *y valga la redundancia, aún hoy se está cometiendo* [Sentencias de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y dos de julio de mil novecientos noventa y seis, dictadas con ocasión de los Casos *Velásquez Rodríguez vrs. Honduras y Blake vrs. Guatemala*, respectivamente].

De lo relacionado precedentemente se colige que el hecho de que el legislador haya fijado la *permanencia* como un elemento constitutivo del delito de desaparición forzada no se traduce en lesión al principio de irretroactividad entronizado en el artículo 15 de la Constitución Política de la República, por cuando la continuidad en el tiempo inherente a tal acción ilícita permite que su comisión se prolongue hasta un momento posterior al inicio del ámbito temporal de validez del precepto que le regula, pese a haber podido tener origen en un momento anterior.

En tal virtud, se concluye en la notoria improcedencia del planteamiento formulado, por lo que debe ser declarado sin lugar, y habiendo resuelto en ese sentido el Tribunal *a quo*, procede confirmar el auto apelado, pero por las razones aquí consideradas, y con la modificación de no

imponer multa al abogado auxiliar por formar parte del Instituto de la Defensa Pública Penal.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 268 y 272 inciso d) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 114, 115, 116, 120, 121, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 131, 143, 144, 148, 149, 163 inciso d), 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 23, 24, 25 y 27 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, y en consecuencia, **confirma** el auto apelado, con la modificación de no imponer multa al abogado auxiliar, por la razón considerada. **II.** Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvase el antecedente.

...

CRITERIOS PARA DETERMINAR CUÁNDO
LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES
POR EMISIÓN DE DISCURSO ALEGADAMENTE
INVASOR DEL HONOR DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS
PUEDE CONSIDERARSE IDÓNEA, NECESARIA
Y PROPORCIONAL CONFORME A LOS ESTÁNDARES
INTERNACIONALES

Sinopsis: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México amparó a un periodista contra la resolución de apelación que confirmó la sentencia de primera instancia que lo condenó penalmente por el delito de ataques a la vida privada, por haber publicado en un periódico regional una entrevista realizada a un chofer del Presidente Municipal de Acámbaro, Guanajuato. El Presidente Municipal denunció penalmente al periodista al considerar que dicha publicación lo había desprestigiado y deshonrado como funcionario público. Tanto la resolución de apelación, como la sentencia de primera instancia, se fundamentaron en los artículos 1º y 30, fracción II de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. En el amparo, dichos artículos fueron considerados inconstitucionales por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por contravenir los artículos 6º y 7º de la Constitución mexicana que consagran los derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad de imprenta. La Primera Sala revocó la sentencia penal de primera instancia que condenó al periodista penalmente, y dentro de la argumentación de su ejecutoria desarrolló diversos criterios a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar cuándo la exigencia de responsabilidades ulteriores por emisión de discurso alegadamente invasor del honor de funcionarios públicos, puede considerarse idónea, necesaria y proporcional. Entre estos criterios se encuentran: i) la cobertura legal y redacción clara; ii) la intensión específica o negligente patente; iii) la materialidad y acreditación del daño; iv) el doble juego de la *exceptio veritatis*; v) la graduación de medios de exigencia de responsabilidad y; vi) la minimización

RESPONSABILIDADES ULTERIORES POR EMISIÓN DE DISCURSO

de restricciones indirectas.

En su sentencia, la Primera Sala se refirió, entre otros, a los casos *Tristán Donoso Vs. Panamá*; *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*; *Ivcher Bronstein Vs. Perú*; y, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *Vs. Chile*, así como a la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), todos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Synopsis: *The First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation of Mexico ruled for a journalist against the appeal decision which confirmed the judgment rendered in the first instance and criminally convicting him for the offense of interference with private life, as a result of publishing an interview to the driver of the Municipal President of Acambaro, Guanajuato, in a regional newspaper. The Municipal President started criminal proceedings against the journalist on the grounds that said publication had tarnished his reputation and harmed his honor in his capacity as a public official. Both the judgment on appeal and the judgment rendered in the first instance were based on Articles 1 and 30, paragraph II of the Press Law [Ley de Imprenta] of the State of Guanajuato. In the appeal, the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation considered that said articles were non-constitutional as they violated Articles 6 and 7 of the Mexican Constitution which enshrine the fundamental rights of freedom of expression and freedom of press. The First Chamber reversed the criminal judgment rendered in the first instance which convicted the journalist, developing in its arguments various guidelines based on the case law of the Inter-American Court of Human Rights and of the European Court of Human Rights, in order to determine when the requirement of subsequent liability for giving an opinion which allegedly impairs the honor of state agents may be deemed to be suitable, necessary and proportionate. Among such guidelines are: i) the legal cover and clear drafting; ii) the evident specific or negligent purpose; iii) the infliction and evidence of damage; iv) the dual dimension of the principle of exceptio veritatis; v) the proportionality of the means to require liability and; vi) the minimization of indirect restrictions.*

In its judgment, the First Chamber referred to, inter alia, the cases of Tristan-Donoso v. Panama; Herrera-Ulloa v. Costa Rica; Ivcher-Bronstein v. Peru; and, “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile, as well as to Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Articles 13 and 29 of the American Convention on

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

Human Rights), all of them submitted to the Inter-American Court of Human Rights.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
DE MÉXICO
PRIMERA SALA

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2044/2008
SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2009

...

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día diecisiete de junio de dos mil nueve.

...

RESULTANDO:

PRIMERO. Antecedentes. ..., por su propio derecho y mediante escrito presentado el quince de febrero de dos mil ocho ante el Juzgado de Partido Único Penal en Acámbaro, Guanajuato, solicitó el amparo de la justicia federal contra la sentencia de dieciocho de enero de dos mil ocho, dictada en el toca número 04/2007 por la Juez Único de Partido en Materia Penal en Acámbaro. En dicha resolución se confirmaba la sanción penal impuesta al quejoso en primera instancia.

Según muestran las constancias de autos, el asunto encuentra origen en la publicación, el veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, de una nota periodística en el periódico “La Antorcha”, medio de información de circulación regional en Acámbaro, del cual el quejoso era director general. En dicha publicación, un ex servidor público municipal concede una entrevista y se pronuncia respecto de actividades que tuvo que desarrollar y de órdenes que recibió durante el tiempo que trabajó, en calidad de chofer, para el Presidente Municipal de Acámbaro¹. El contenido de la nota es el siguiente:

... fue el chofer particular del presidente municipal y hace poco más de un mes renunció por motivos familiares, ya que era tan intenso su trabajo que había descuidado a sus hijos y a su esposa, según el mismo lo manifiesta.

Sin embargo y aunque el presidente se opuso a la renuncia de su chofer, finalmente aceptó. [...] algunas semanas después, salieron a la luz pública al-

¹ Hoja 15 del expediente del juicio penal de primera instancia.

gunas declaraciones de..., en que... es acusado de haber sustraído gasolina en forma ilegal por un monto aproximado de....

Así..., ahora se defiende y afirma: “Eso es una mentira. En cambio, yo siempre serví al presidente en todo lo que me pedía, pues hasta llevaba telas o uniformes de su fábrica a Guadalajara, a México o a otros lugares del país”.

¿Hacías esos movimientos en la camioneta oficial, marca Suburban, y con combustible a cargo del municipio? – Sí, eso y más, el vehículo lo utilizaba, por órdenes del presidente y con combustible a cargo de la tesorería municipal. También para ir a la Laguna Larga, donde tiene una cabaña, a llevar losa, tabique...

¿A qué otros servicios te enviaba? – A llevar a su familia de compras o al aeropuerto, a Acapulco, a Manzanillo con sus amigos y a entregar mercancía de su fábrica. En todo lo que me pedía, yo nunca me negaba, pero trabajaba jornadas muy largas, desde las 7 de la mañana hasta la una de la mañana del siguiente día, en ocasiones...

¿Hubo algo a lo que te negaras, algo que no quisieras hacer? – Bueno, un día estando en el hotel en la Ciudad de México; se tendió desnudo en la cama y me pidió que le sobara la espalda. Ahí si le dije “oiga, no”.

El ex chofer del presidente se nota nervioso y aunque ha sido directamente amenazado por..., según menciona, dice estar dispuesto a revelar las cosas negativas que él observó, pues hoy se siente traicionado al ser objeto de una acusación que lo daña moralmente.

“El pueblo tendrá que darse cuenta de las encerronas que el presidente hace con gente como ..., ... (el de los...) y ..., por ejemplo”.

¿Tiene muchas deudas? – Sí, claro. Yo también manejaba muchos de sus depósitos. Y sé que debe a mucha gente. Está en buró de crédito (lo cual significa estar en la lista de los bancos por el incumplimiento de pagos).

¿Y como anda en sus relaciones políticas? – Ha cometido muchos errores, según mi criterio, como el haber prestado una motoconformadora, que es una máquina municipal, al candidato del PAN de Maravatío (que por cierto perdió la elección).

¿Eso significa que utilizó recursos públicos para ayudar en la campaña al candidato del PAN de Maravatío, Michoacán? – —Sí, así es.

¿Hubo algo que te molestara, en especial de la conducta política de...? – Sí, en una reunión con los Adultos Mayores, en la colonia San Isidro, a la que fue con la decisión de no ayudarlos y en donde les dijo: “Ustedes nomás están acostumbrados a estirar la mano”.

Bueno, estimado lector, usted juzgue”.

Con motivo de dicha publicación, el trece de enero de dos mil cinco el entonces Presidente Municipal de Acámbaro² presentó denuncia penal por considerar que era mentira todo lo que se había publicado, que tales afirmaciones le causaban deshonra, descrédito y perjuicio —al señalar, entre otras cosas, que había hecho uso indebido de recursos públicos— y que lo desprestigiaba y lo dejaba en ridículo como funcionario público³.

El cuatro de mayo de dos mil cinco el Agente del Ministerio Público en Acámbaro determinó que el ahora recurrente era probable responsable de la comisión del delito de ataques a la vida privada y consignó la averiguación previa que había iniciado con motivo de la denuncia presentada por el entonces Presidente Municipal al Juzgado Penal del Partido Judicial de Acámbaro⁴.

Seguido el proceso penal correspondiente, la Juez Menor Mixto del Partido Judicial de Acámbaro dictó el veinticinco de enero de dos mil siete sentencia en la cual, entre otras cosas, determinó que el ahora recurrente era penalmente responsable de la comisión del delito de ataques a la vida privada, imponiendo al acusado una pena privativa de libertad de tres años, un mes y quince días. Asimismo, le negó los beneficios de condena condicional y conmutación de sanciones, pero le concedió el sustitutivo de pena consistente en trabajo en favor de la comunidad.

Inconforme con la anterior resolución, el ahora recurrente y su defensor presentaron recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado Único Penal del Partido Judicial de Acámbaro, formándose a raíz de ello el expediente 04/2007. El dieciocho de enero de dos mil ocho se dictó resolución por la que se modificaba la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la reparación del daño y se dejaban intocados los restantes puntos resolutivos.

...

CONSIDERANDO:

...

² Lo fue del diez de octubre de dos mil tres al nueve de octubre de dos mil seis.

³ Hojas 5 del expediente del juicio penal de primera instancia.

⁴ Hojas 92 a 97 del expediente del juicio penal de primera instancia.

CUARTO. Cuestiones necesarias para resolver el asunto. Sintetizamos a continuación los conceptos de violación expresados en la demanda de amparo directo, las consideraciones del Tribunal Colegiado que conoció del mismo y finalmente los agravios presentados por la parte quejosa en vía de recurso.

1. Conceptos de violación. En la demanda de amparo se planteaban varios temas⁵, pero por lo que respecta a las cuestiones de constitucionalidad que nos competen, el planteamiento esencial es fácil de resumir. El quejoso denunciaba la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, por estimarlos contrarios a los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal. A su juicio, “los objetivos de la Ley de Imprenta no fueron examinados por la responsable, pues de ser así hubiera concluido que no obedece a objetivos constitucionalmente legítimos, amen que no son proporcionales con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º constitucionales”⁶.

...

3. Agravios. El quejoso esgrimió en vía de recurso los siguientes motivos de inconformidad:

a) El recurrente afirma en su agravio único que el Tribunal Colegiado vertió en la sentencia recurrida una indebida interpretación de los artículos 6º y 7º constitucionales, ya que el artículo 1º de la Ley de Imprenta considera los ataques a la vida privada en términos amplios que desbordan el espíritu y texto de los artículos constitucionales referidos y, en consecuencia, afecta el ejercicio de la libre expresión y del derecho a la información garantizados en la Constitución Federal.

b) Por otra parte, señala que la ley secundaria aplicada a su caso violenta la jerarquía de leyes, al atentar contra las garantías consagradas en los artículos 6º y 7º constitucionales, ya que su redacción considera cualquier conducta como un ataque a la vida privada.

c) La responsable, añade, omitió considerar que si la fundamentación de su resolución era una ley que violenta normas constitucionales, con

⁵ Estos argumentos pueden encontrarse en las hojas 9 y 14 del cuaderno principal correspondiente al juicio de amparo directo número 138/2008 del índice del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito. Los argumentos de legalidad, ajenos a la litis de revisión, no serán sintetizados.

⁶ Hoja 12 del cuaderno de amparo.

ello estaba afectando las garantías contenidas en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

d) El quejoso manifiesta también que el artículo 1° de la Ley de Imprenta para el Estado de Guanajuato encierra una contradicción y evidencia una desconexión entre el objeto de definición y su misma definición, con lo cual se hace un entendimiento erróneo de la libertad de imprenta y del derecho a la información, protegidos ambos en los artículos 6° y 7° constitucionales.

e) De igual manera establece que, al no hacerse una interpretación conjunta de los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley de Imprenta, se llega a una conclusión contraria a los referidos artículos constitucionales, pues se deja de considerar cuándo las expresiones maliciosas se encuentran prohibidas.

f) Finalmente, el agravio señala que el Tribunal Colegiado al interpretar los preceptos constitucionales reiteradamente citados pasó por alto que el medio informativo “La Antorcha” no alteró el contenido de la entrevista que publicó, y que dicha nota se limitó a cumplir con un deber informativo que surgió en el marco de una serie de hechos relacionados con una persona pública, como lo era el Presidente Municipal, quien en ejercicio de esa función pública enfrentaba una serie de conflictos laborales derivados de despidos injustificados en el Municipio de Acámbaro. Asimismo, el Colegiado debió considerar al hacer su interpretación de la normativa aplicable que las personas que ocupan puestos públicos están sometidos a escrutinios públicos intensos, lo cual implica una disminución natural de lo que puede considerarse incluido en su esfera privada, más cuando, como en el caso, la nota periodística hizo referencia a hechos públicos y no privados, pues aludía a hechos ocurridos entre el Presidente Municipal y un empleado del Ayuntamiento, circunstancia de la cual el entrevistado hacía derivar su despido injustificado.

g) El agravio concluye señalando que, ante la dificultad de delimitar la línea entre lo jurídico y lo antijurídico, es necesario que la Suprema Corte se pronuncie sobre el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta.

QUINTO. Estudio de fondo. A juicio de esta Primera Sala, los argumentos desarrollados en los agravios son esencialmente **fundados** y suficientes para conceder al quejoso el amparo de la justicia federal.

...

En el presente caso, la falta de viabilidad de la interpretación constitucional que llevó al Tribunal a convalidar la condena penal de una persona que en realidad estaba ejerciendo legítimamente un derecho fundamental justifica la concesión lisa y llana del amparo de la justicia federal. A continuación exponremos las razones que sustentan esta conclusión básica (el agravio es fundado) desarrollando los puntos siguientes: a) el razonamiento del Tribunal Colegiado refleja un entendimiento erróneo del papel que juega la ley en el desarrollo y la concreción de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos; b) el razonamiento del Tribunal Colegiado refleja un entendimiento erróneo de lo que implica resolver un conflicto de derechos fundamentales en un caso concreto; c) el Tribunal Colegiado opera con un entendimiento inadecuado del derecho al honor y a la vida privada de los funcionarios públicos, en la medida en que estima que cualquier alusión a la vida sexual de una persona implica una automática lesión ilegítima a los mismos, y en la medida en que ignora que la extensión de estos derechos es sustancialmente menor cuando su titular es un funcionario público y el acto supuestamente invasor constituye una instancia central de ejercicio legítimo de las libertades fundamentales de expresión e información, protegidos por los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Magna; d) El Tribunal Colegiado, debido a la incorrecta interpretación directa de la Constitución que le sirve de premisa, soslaya la clara inconstitucionalidad de los artículos 1°, 3°, 4°, 5° y 6° de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, cuya aplicación en un caso que ha llevado al quejoso a una condena privativa de libertad, justifica la concesión del amparo.

1. El juego entre Constitución y ley. Constitución jurídica versus Constitución política.

...

El planteamiento jurídico del Tribunal Colegiado, en conclusión, da por sentado lo que debería demostrar. En nuestro país la Constitución no es ya sólo un documento de carácter político, sino una norma jurídica vinculante; ya no es simplemente “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; ya no es una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya

ámbitos de competencia) sino que es también una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar)⁷.

...

2. El derecho al honor y a la vida privada de los funcionarios públicos. La libertad de informar de los periodistas.

Pero la interpretación directa de la Constitución contenida en la sentencia recurrida debe ser corregida no sólo por el contenido de sus premisas generales, sino por el contenido de sus afirmaciones más concretas sobre el punto que motiva la negativa del amparo. Tal y como denuncian los agravios, el Tribunal Colegiado realiza una interpretación en parte incorrecta y en parte incompleta de lo que debe entenderse protegido por los derechos consagrados en los artículos 6º y 7º de la Carta magna y por la “vida privada” cuyo respeto esos mismos preceptos estiman debido. La interpretación es incorrecta en tanto traza una equivalencia automática entre “vida sexual” y “vida privada” y en tanto soslaya o mezcla los diversos significados de esta expresión, y es incompleta porque olvida la relevancia de analizar el tipo de *sujetos* que ejercen en el caso concreto los derechos constitucionales en conflicto: el hecho, en el caso de autos, de que el titular del derecho a la vida privada cuyos derechos se afirma se quieren preservar mediante la aplicación de la ley penal sea o haya sido un *funcionario público*, y el hecho de que el quejoso no sea un ciudadano cualquiera, sino alguien que se dedica profesionalmente al mundo de la comunicación en medios impresos, profesionalmente vinculado al mundo del *periodismo*.

Las reglas de ponderación, tanto abstracta como concreta, entre los derechos enfrentados, debían tener en cuenta estas circunstancias porque el *peso* que en el caso debía serles reconocido se anuda en parte a este factor, que obviamente no se asienta en la calidad o las características in-

⁷ Aludimos en estas líneas a los pares contrastados de concepciones constitucionales desarrolladas por Josep Aguiló Regla en *La Constitución del Estado constitucional* (Perú-Bogotá: Palestra-Temis, 2005).

trínsecas de los citados sujetos, sino en el tipo de interés público asociado a las actividades que realizan.

...

... El Tribunal Colegiado afirma, en primer lugar, que el artículo 1° de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato protege los ataques a la vida privada de las personas, lo cual, como veremos más adelante, no es exacto si se entiende (como la entiende el Tribunal) vida privada como “intimidad”, como los aspectos privados de la vida de las personas en contraposición a los públicos. En segundo lugar, señala que la vida privada, como límite a la libertad de prensa, no incluye las actividades que desempeñan los funcionarios en el ejercicio de su cargo, lo cual en sí mismo no sería reprochable si no quedara afectado, como en realidad queda, por la confusión y mezcla entre reputación e intimidad que atraviesa todo su razonamiento (y a la que, repetimos, nos referiremos con más calma más adelante). Y en tercer lugar, al detectar una frase que puede ser vista como alusiva a un aspecto de tipo sexual, de inmediato y sin mayor atención al contexto, señala que la misma se inscribe en la esfera de la vida privada del funcionario público y concluye que, en esa medida, implica un ataque a la vida privada y por tanto una limitante válida a la libertad de expresión y al derecho a la información.

¿Es éste un criterio definitorio aceptable de lo que es la “vida privada”, a los efectos de definir los límites a las libertades de expresarse, informar y ser informado, de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Constitución Federal? A juicio de esta Sala la respuesta es negativa. Para desarrollar las razones que abonan esta conclusión, haremos una breve referencia al contenido general del derecho a la vida privada y posteriormente nos detendremos brevemente en la identificación de los derechos que en el caso entran en conflicto con el mismo —el derecho a la información y la libertad de expresión—. Ello nos permitirá hacer posteriormente (apartado 3) algunas consideraciones acerca de lo que debe ser medido y ponderado en este tipo de conflicto de derechos, lo cual mostrará por qué es incorrecta la sentencia dictada en un juicio de amparo promovido contra una sentencia penal que no toma en consideración el interés público en la difusión de la información contenida en el tipo de nota periodística que motivó el procesamiento del quejoso, y que además se olvida de las consecuencias que tiene la menor resistencia del derecho al honor y a la privacidad de los funcionarios públicos frente a informa-

ciones y opiniones cuya difusión en los medios de comunicación es de claro interés público en el contexto de una democracia representativa.

El derecho a la vida privada

Esta Corte ha evocado en varias tesis rasgos característicos de la noción de lo “privado”. Así, lo ha relacionado con: lo que no constituye vida pública; el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás; lo que se desea compartir únicamente con aquellos que uno elige; las actividades de las personas en la esfera particular, relacionadas con el hogar y la familia; aquello que no se desempeña con el carácter de funcionario público. También ha subrayado la relación de la vida privada con el derecho al honor (o el derecho a no sufrir daños injustificados en la reputación) y con el derecho a la intimidad, y ha sugerido la posibilidad de entender el derecho a la vida privada como un concepto más general, abarcativo de los tres⁸ —honor, privacidad e intimidad—, aunque hay desde luego motivos para que tenga pleno sentido hacer, en sede constitucional, distinciones nítidas entre ellos (por poner un ejemplo: el derecho a la intimidad protege la posibilidad de oponerse a la difusión de

⁸ Tesis aislada 1a. CXLIX/2007, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, julio de 2007, página: 272: VIDA PRIVADA E INTIMIDAD. SI BIEN SON DERECHOS DISTINTOS, ÉSTA FORMA PARTE DE AQUÉLLA; Tesis aislada 1a. CXLVIII/2007, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, julio de 2007, página: 272: VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL; Tesis aislada, Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, tomo XXVIII, página: 82: LEY DE IMPRENTA. ATAQUES A LA MORAL, A LA PAZ PÚBLICA O A LA VIDA PRIVADA; Tesis aislada, Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, tomo VII, página: 10: ATAQUES A LA VIDA PRIVADA (LEY DE IMPRENTA); Tesis aislada, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo CXVI, página: 1130: ATAQUES A LA VIDA PRIVADA Y DIFAMACION, DELITOS DE.; Tesis aislada, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo XL, página: 3328: VIDA PRIVADA, ATAQUES A LA; Tesis aislada, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, XXXIX, página: 1279: VIDA PRIVADA; Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, XXII, página: 295: ATAQUES A LA VIDA PRIVADA.

datos aunque los mismos no afecten, o incluso favorezcan, la pretensión de mantener una buena reputación, que es lo protegido por el derecho al honor).

El derecho a la vida privada también está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que nos vinculan, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16). Al interpretar estas disposiciones, los organismos internacionales han destacado que la noción de vida privada atañe a la esfera de la vida en la que las personas pueden expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o solas⁹, y han destacado su vinculación con un amplio abanico de otros derechos, como el derecho a una vivienda adecuada¹⁰; el derecho a la salud¹¹; el derecho a la igualdad¹²; los derechos reproductivos; la protección en caso de desalojos forzados¹³; la inviolabilidad de la correspondencia¹⁴, de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo; los registros en el domicilio; los registros personales y corporales¹⁵, o el régimen de recopilación y registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos¹⁶.

Las afirmaciones contenidas en las resoluciones nacionales e internacionales citadas son útiles en la medida en que no se tomen de manera descontextualizada, emerjan de un análisis cuidadoso de los diferentes

⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Coeriel c. Países Bajos*, párrafo 6.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

¹² Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad.

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12).

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad.

escenarios jurídicos en los que la idea de privacidad entró en juego y no se pretenda derivar de ellas un concepto mecánico de vida privada, de referentes fijos e inmutables.

Lo único que estas resoluciones permiten reconstruir, en términos abstractos, es la imagen general que evoca la idea de privacidad en nuestro contexto cultural. Según esta noción, las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y libertad—. A un nivel más concreto, la misma idea puede describirse apelando al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de la familia y de los amigos más próximos) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos), al derecho a que los demás no se inmiscuyan en ellas sin su expreso consentimiento.

En un sentido amplio, entonces, la protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y guarda conexiones de variado tipo con pretensiones más concretas que las constituciones actuales reconocen a veces como derechos conexos: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones relativas al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, la protección contra el espionaje, la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, o la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.

Más allá de la posibilidad de hacer este bosquejo general, lo cierto es que el contenido del derecho a la “vida privada” está destinado a variar, legítima y normalmente, tanto por motivos *internos* al propio concepto como por motivos *externos*. La variabilidad interna del derecho a la privacidad alude al hecho de que el comportamiento de los titulares del mismo puede influir en la determinación de su ámbito de protección. No es sólo que el entendimiento de lo privado cambie de una cultura a otra y que haya cambiado a lo largo de la historia, sino que además forma parte

del derecho a la privacidad, como lo entendemos ahora, la posibilidad de que sus titulares modulen (de palabra o de hecho) el alcance del mismo. Algunas personas, por poner un ejemplo, comparten con la opinión pública, con los medios de comunicación o con un círculo amplio de personas anónimas, informaciones que en el caso de otras quedan inscritas en el ámbito de lo que desean preservar del conocimiento ajeno, en ocasiones incluso utilizan económicamente parte de esos datos (por ejemplo, pueden comunicarlos en un libro, en los medios de comunicación, etcétera). Aunque una pauta de conducta de este tipo no implica que la persona en cuestión deje de ser titular del derecho a la privacidad, ciertamente disminuye la extensión de lo que de entrada pueda considerarse inscrito en el ámbito protegido por el mismo.

Sin embargo, la fuente de variabilidad más importante deriva no del juego de los límites internos, sino de la variabilidad de los límites externos. La variabilidad *externa* del derecho a la vida privada alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en casos concretos una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses que apunten en direcciones distintas e incluso opuestas a las que derivan de su contenido normativo. Aunque una pretensión pueda entonces relacionarse en principio con el ámbito generalmente protegido por el derecho, si la misma merece prevalecer en un caso concreto, y en qué grado, dependerá de un balance de razones desarrollado de conformidad con métodos de razonamiento jurídico bien conocidos y masivamente usados en los Estados constitucionales contemporáneos. Como han expresado canónicamente los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, ningún derecho fundamental es absoluto y puede ser restringido siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional¹⁷.

Con lo dicho hasta ahora queda sobradamente explicado el primer motivo por el cual la interpretación directa de uno de los derechos centralmente involucrado en el caso concreto es incorrecta. Aunque es cierto

¹⁷ Sobre la intrínseca limitabilidad de los derechos y la simultánea prohibición de que éstos sufran injerencias abusivas y arbitrarias véase, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, No. 193, párrafo 56; y de la Comisión Interamericana, Caso 11.006, Informe No. 1/95, Perú, Alan García, 7 de febrero de 1995.

que los aspectos relativos a la vida sexual de las personas pueden contarse *prima facie* entre los que éstas suelen querer reservar en el ámbito de lo protegido de la mirada pública, su protección jurídica final está sujeta a una legítima modulación, tanto interna como externa, en los términos recién apuntados. Por ello es incorrecto el automatismo establecido por el Tribunal Colegiado. El razonamiento jurídico en este punto no puede ser categorial o definicional: no es cierto que por el sólo hecho de referirse a aspectos sexuales de la vida de las personas, ciertos hechos o afirmaciones caigan dentro de un ámbito inquebrantable e intocable de privacidad, de manera que cualquier conducta que pueda ser vista como una mínima afectación a ellos deba ser por esa razón duramente sancionada, hasta por medios penales, con independencia de cualquier otra consideración.

A continuación identificaremos ciertos rasgos generales de los dos derechos cuyas exigencias normativas reales están equivocadamente ausentes del análisis jurídico desarrollado en la sentencia recurrida, antes de pasar, en un momento posterior, a efectuar una serie de precisiones sobre los criterios que permiten administrar jurídicamente casos de conflictos de derechos como el que protagonizaba el caso que revisamos.

Libertad de expresión y derecho a la información

Si de un lado del análisis está la vida privada, del otro están la libertad de expresión y el derecho a la información. Como es sabido, se trata de dos derechos funcionalmente esenciales en la estructura del Estado constitucional de derecho que tienen una doble faceta: por un lado aseguran a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado, y por otro gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

Como señaló la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa* —un caso con varios elementos fácticos similares a los que protagonizan la litis en este asunto¹⁸— se trata de libertades que tienen tanto una dimen-

¹⁸ En el asunto se examinaba el modo en que el Estado de Costa Rica había tratado el caso de un periodista costarricense, Mauricio Herrera Ulloa, que fue condenado penal-

sión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida su posibilidad de manifestarse libremente, sino que se respete también su derecho como miembros de un colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁹.

Tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas, en otras palabras, es imprescindible no solamente como instancia esencial de auto-expresión y auto-creación, sino también como premisa para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales —el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento funcional que determina la calidad de la vida democrática en un país: si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático.

Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el ade-

mente por haber violado, a juicio de los tribunales estatales, el derecho al honor de un diplomático del país, a raíz de la publicación literal de lo publicado en la prensa europea acerca del presunto comportamiento ilícito de dicho funcionario. La Corte consideró que las sanciones impuestas (condena por difamación, multa y condena a publicar la parte resolutive en la prensa) constituía una violación al derecho a expresarse libremente protegido en el artículo 13 de la Convención. Véase, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107. La sentencia destaca la doble dimensión de la libertad de expresión a la que nos referiremos inmediatamente, así como la especialidad de las funciones satisfechas por esta libertad en una democracia representativa.

¹⁹ En la misma línea están afirmaciones centrales de los casos *Ivcher Bronstein v. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74, párrafo 146; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73, párrafo 64; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 30).

cuado funcionamiento de la democracia representativa. La Corte Interamericana insistió en este punto con palabras ya clásicas en la Opinión Consultiva 5/85:

“... cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás”.

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre”²⁰.

Lo anterior obliga a subrayar otros tres puntos, estrictamente relacionados entre sí, todos de gran importancia en el contexto de la litis que nos ocupa:

a) El primero es que los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial para el despliegue de la función colectiva de la libertad de expresión. La libertad de prensa es una piedra angular en el despliegue de la vertiente social o colectiva de las libertades de expresión e información. Los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable tengan aseguradas las condiciones para albergar las más diversas informaciones y opiniones. Como ha subrayado la Corte Interamericana:

... el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un ser-

²⁰ OC-5/85, *cit. supra*. Énfasis añadido.

vicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad²¹. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social²². El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención²³.

...es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca”²⁴.

El ejercicio efectivo de las libertades de expresión e información exige la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan y el mismo puede verse injustamente restringido por actos normativos o administrativos de los poderes públicos o por condiciones de facto que coloquen en situación de riesgo o vulnerabilidad a quienes la ejerzan.

Uno de los medios por los cuales se limita más poderosamente la circulación de la información y el debate público es la exigencia de responsabilidades civiles o penales a los periodistas, por actos propios o ajenos. La Corte Interamericana, siguiendo en este punto al Tribunal de Estrasburgo, también lo ha subrayado sin ambigüedad: “El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público”²⁵.

b) El segundo es que los derechos que nos ocupan cubren tanto expresión de *opiniones* como aseveraciones sobre *hechos*, algunas de cuyas diferencias vale la pena tener en cuenta, incluso (o quizá especialmente) al analizar instancias de ejercicio de los mismos en las que se mezclan

²¹ Con cita interna a *La Colegiación obligatoria de periodistas*, *cit. supra*, párrafo 71.

²² Con cita interna a *Periódico “La Nación”*. Medidas Provisionales. Resolución de 7 de septiembre de 2001, considerando décimo.

²³ Con cita interna a *La Colegiación obligatoria de periodistas*, *cit. supra*, párrafos 72 y 74 y a *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit. supra*, párrafo 118.

²⁴ Véase caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, *cit. supra*, párrafo 150.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Thoma c. Luxemburgo*, Sentencia de 29 de marzo de 2001, Demanda No. 38432/97, párrafo 62 y caso *Herrera Ulloa*, *cit. supra*, párrafo 134.

las dos cosas. Por ejemplo, es importante tener presente que de las opiniones no tiene sentido predicar la verdad o la falsedad. En cambio la información cuya obtención y amplia difusión está en principio constitucionalmente protegida es la información *veraz e imparcial*. Estos dos requisitos pueden calificarse de límites o exigencias internas del derecho a la información, y es importante interpretar correctamente su alcance porque suele ser bastante relevante en el contexto del litigio constitucional.

La información cuya búsqueda, recepción y difusión la Constitución protege es la información “veraz”, pero ello no implica que deba ser información “verdadera”, clara e incontrovertiblemente cierta. Exigir esto último desnaturalizaría el ejercicio de los derechos. Lo que la mención a la veracidad encierra es simplemente una exigencia de que los reportajes, las entrevistas y las notas periodísticas destinadas a influir en la formación de la opinión pública tengan atrás un razonable ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad. El informador debe poder mostrar de algún modo que ha respetado un cierto estándar de diligencia en la comprobación del estatus de los hechos acerca de los cuales informa y, si no llega a conclusiones indubitadas, el modo de presentar la información debe darle ese mensaje al lector: debe sugerir con la suficiente claridad que existen otros puntos de vista y otras conclusiones posibles sobre los hechos o acontecimientos que se relatan.

Esta condición está relacionada con la satisfacción de lo que frecuentemente se considera otro requisito “interno” de la información cuya difusión la Constitución y los tratados protegen al máximo nivel: la *imparcialidad*. Es la recepción de información de manera imparcial la que maximiza las finalidades por las cuales la libertad de obtenerla, difundirla y recibirla es una libertad prevaleciente en una democracia constitucional. El derecho a obtener información útil y los beneficios del intercambio libre y vigoroso de ideas son ciertamente incompatibles con la idea de imparcialidad absoluta y, hasta cierto punto —esto es importante—, se espera que las diferentes perspectivas lleguen a los individuos por la combinación de fuentes de información y opinión a las que están expuestos, aunque cada una de esas fuentes no superen perfectamente el estándar en lo individual. La imparcialidad es entonces, más bien, una barrera contra la tergiversación abierta, contra la difusión intencional de

inexactitudes y contra el tratamiento no profesional de informaciones cuya difusión tiene siempre un impacto en la vida de las personas relacionadas en los mismos.

c) El tercer punto a subrayar es que la libertad de imprenta y el derecho a dar y recibir información protege de manera especialmente enérgica la expresión y difusión de informaciones en materia *política* y, más ampliamente, sobre *asuntos de interés público*. El discurso político está más directamente relacionado que otros —por ejemplo, el discurso de la publicidad comercial— con la dimensión social y las funciones institucionales de las libertades de expresión e información. Por lo tanto, la protección de su libre difusión resulta especialmente relevante para que estas libertades desempeñen cabalmente sus funciones estratégicas de cara a la formación de la opinión pública, dentro del esquema estructural propio de la democracia representativa. Una opinión pública bien informada es el medio más adecuado para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. El control ciudadano de la actividad de personas que ocupan o han ocupado en el pasado cargos públicos (funcionarios, cargos electos, miembros de partidos políticos, diplomáticos, particulares que desempeñan funciones estatales o de interés público, etcétera) fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de todos los que tienen responsabilidades de gestión pública, lo cual necesariamente hace que exista un margen mayor para difundir afirmaciones y apreciaciones consustanciales al discurrir del debate político o sobre asuntos públicos²⁶.

²⁶ Véanse los párrafos 32 a 47 del capítulo III del Informe Anual sobre Libertad de Expresión 2008, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, donde se sintetiza y se destacan las sentencias de la Corte Interamericana —así como otros documentos, informes y decisiones— que permiten calificar al discurso político o sobre asuntos públicos como “discurso especialmente protegido” bajo las normas básicas del sistema (obligatorias, claro está, para todos los Estados). La otra categoría que la Relatoría estima debe ser calificada de “discurso especialmente protegido” en el contexto del sistema es el discurso “que expresa elementos esenciales de la identidad o la dignidad personales” (véase, *ibid.*, párrafos 48 a 51). Destacando igualmente la especial posición del discurso sobre asuntos públicos en una democracia, tenemos resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como *Caso Feldek c. Slovakia*, Sentencia de 12 de julio de 2001, Demanda No. 29032/95, párrafo 83 y *Caso Sürek y Özdemir c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, Demandas Nos. 23927/94 y 24277/94, párrafo 60.

Esta especial protección, vale la pena subrayarlo, se extiende al discurso electoral, el que gira en torno a candidatos a ocupar cargos públicos, por las mismas razones que explican la especial protección del discurso político y sobre asuntos de interés público. Como subraya el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados americanos del año 2008, publicado el pasado mayo, “los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y porque tiene una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública”²⁷.

3. Reglas específicas de resolución de conflictos: expresión, información y honor en casos que involucran a funcionarios públicos.

²⁷ *Cit*, párrafo 39, con citas internas a los casos *Kimel v. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, No. 177; *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135; *Olmedo Bustos y otros, cit. supra.*; *Ricardo Canese v. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111; *Herrera Ulloa, cit. supra.*; y *Claude Reyes y otros v. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151. El caso *Ricardo Canese*, en el cual la Corte declaró que la condena penal de un candidato a la presidencia de Paraguay por la supuesta difamación que había cometido contra su contraparte en la campaña constituía una violación a la libertad de expresión, es el que ilustra con más exactitud la extensión de la especial protección al discurso vertido en el contexto de las campañas electorales. Canese fue condenado penalmente como consecuencia de haber afirmado, durante la campaña, que su contraparte era un “prestanoombre” de la familia del antiguo dictador Stroessner y que había representado veladamente sus intereses económicos en un consorcio que participó en la construcción de un complejo hidroeléctrico. La Corte, al detectar una violación al artículo 13, destacó especialmente el hecho de que las declaraciones del señor Canese su hubieran realizado en el contexto de una campaña electoral y sobre asuntos de interés público, “circunstancia en la cual las opiniones y críticas ser emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”, razón por la cual “el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tienen en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o de preocupación pública” (ver estas transcripciones *ibid.*, párrafo 45 y 46).

La función colectiva o sistémica de la libertad de expresión y del derecho a la información, así como los rasgos más específicos que acabamos de subrayar, deben ser tenidos cuidadosamente en cuenta cuando tales libertades entran en conflicto con otros derechos, típicamente con los llamados “derechos de la personalidad”, entre los que se cuentan el derecho a la intimidad y el derecho al honor. La idea de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas debe influir en la resolución de los conflictos de derechos en los que se vean involucradas ha llevado en ocasiones a hablar de un “plus” o de una “posición especial” de las mismas en las democracias constitucionales actuales.

En cualquier caso, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos entre libertad de información y expresión y derechos de la personalidad no parte cada vez de cero. Los ordenamientos cuentan, por el contrario, con un abanico más o menos extenso y consensuado de reglas acerca de qué es y qué no es un equilibrio adecuado entre estos derechos a la luz de las previsiones constitucionales aplicables. En su contexto, el operar del sistema jurídico va paulatinamente esclareciendo las condiciones bajo las cuales un argumento será considerado genuinamente hecho en nombre de la libertad de expresión, o acerca del modo en que pretensiones concretas de las partes podrán conectarse argumentalmente con los fundamentos de determinadas formas de protección legal y constitucional.

Las más consensuadas de estas reglas están consagradas expresamente en los textos constitucionales mismos o en los tratados de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de censura previa, salvo en casos excepcionales, que encontramos en el inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 7º de nuestra Constitución Federal, según el cual “[n]inguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura...”). Muchas otras van explicitándose a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que los ciudadanos solicitan el examen de la constitucionalidad de las reglas específicas contenidas en las leyes —en el caso que nos ocupa, la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato—.

No hay duda, ciertamente, de que el legislador democrático puede dar especificidad a los límites a las libertades de expresión e imprenta contemplados de manera genérica en la Constitución, y que ni siquiera el

Código Penal o la Ley de Imprenta pueden ser excluidos de raíz de entre los medios de los que puede valerse a tal efecto (aunque cualquier regulación operada mediante normas penales debe ser analizada, como es sabido, con extrema cautela). Tampoco es dudoso, sin embargo, que la labor de “ponderación legislativa” efectuada ha de ser compatible con previsiones constitucionales que tienen fuerza normativa directa y que no dan, por consiguiente, carta blanca a las autoridades públicas para desarrollarlas. De lo contrario se pondría en riesgo el carácter supralegal de los derechos fundamentales que hemos subrayado con anterioridad, y se otorgarían atribuciones extraordinarias al legislador ordinario, representante de mayorías históricas más o menos contingentes.

Una de las reglas específicas más consensuadas en el ámbito del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos —precipitado de ejercicios reiterados de ponderación de derechos, incluso los encaminados a examinar las ponderaciones vertidas por el legislador en normas generales— es la regla según la cual las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas (en los términos amplios anteriormente apuntados), así como los candidatos a desempeñarlas, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos ordinarios frente a la actuación de los medios de comunicación de masas en ejercicio de los derechos a expresarse e informar.

Y ello es así por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades. Ello puede otorgar interés público —por poner un ejemplo relacionado con el derecho a la intimidad— a la difusión y general conocimiento de datos que, pudiendo calificarse de privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones juzgar adecuadamente la actuación de los primeros como funcionarios o titulares de cargos públicos.

Con el derecho al honor sucede algo similar. Como dijo en una ocasión esta Corte, las actividades desempeñadas por los funcionarios públicos interesan a la sociedad, y la posibilidad de crítica que esta última les dirija debe entenderse con criterio amplio: “no debe olvidarse que la opinión pública es el medio de controlar a los depositarios del poder y que la libertad de prensa es necesaria para la vida política y social y que debe interpretar-

se con criterio amplio atendiendo al fin que es el bien público, social, general”²⁸. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [en razón de que] el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”²⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha destacado que:

“[l]os límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás —es decir, de todas las personas— y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”³⁰.

En particular, para que la exigencia de responsabilidades ulteriores por emisión de discurso (especialmente protegido) alegadamente invasor del honor de funcionarios públicos u otras personas relacionadas con el ejercicio de funciones públicas constituya una reacción jurídica necesari-

²⁸ Véase, y sin que importe ahora la diferencia en los contextos argumentativos generales y en sus conclusiones, la tesis aislada de la Sexta Época de rubro “ATAQUES A LA VIDA PRIVADA (LEY DE IMPRENTA)” (Semana Judicial de la Federación, Segunda Parte, VII, página 10).

²⁹ Caso *Tristán Donoso v. Panamá*, *cit. supra.*, párrafo 122.

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dichand y otros v. Austria*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, *Demanda No. 29271/95*, párrafo 39 y caso *Lingens v. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986, *Demanda No. 9815/82*, párrafo 42.

ria, idónea y proporcional, deben satisfacerse al menos las siguientes condiciones:

a) *Cobertura legal y redacción clara*: las causas por las que pueda entrar en juego la exigencia de responsabilidad deben constar en una ley, tanto en sentido formal como en sentido material. Es necesario que sea el legislador, integrado por representantes de los ciudadanos, el que establezca los contornos fundamentales del sistema de responsabilidad por eventuales ejercicios abusivos de las libertades a expresarse e informar, y esas normas deben ser generales y razonablemente precisas. Como ha subrayado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión —en un razonamiento que expresa puntos que serían directamente derivables de nuestra Carta Magna tanto como lo son, en su contexto, de la Convención americana—, las leyes que establecen limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en términos claros y precisos en garantía de la seguridad jurídica, la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las autoridades y la creación de un entorno jurídico hostil a la disuasión expresiva y la autocensura; las fórmulas vagas o ambiguas no permiten a los ciudadanos anticipar las consecuencias de sus actos, otorgan en los hechos facultades discrecionales demasiado amplias a las autoridades (que pueden dar cobijo a eventuales actos de arbitrariedad) y tienen un clarísimo efecto disuasivo en el plano del ejercicio ordinario de las libertades³¹. Cuando las normas de responsabilidad son de naturaleza penal, y permiten privar a los individuos de bienes y derechos centrales —incluida, en algunas ocasiones, su libertad— las exigencias anteriores cobran todavía más brío.

b) *Intención específica o negligencia patente*: las expresiones e informaciones deben analizarse bajo el estándar de la “malicia”, esto es, bajo un estándar que exige que la expresión que alegadamente causa un daño a la reputación de un funcionario público haya sido emitida con la intención de causar ese daño, con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos, o con clara negligencia respecto de la revisión de la aparente veracidad o falta de veracidad de los mismos (recordemos la diferencia entre veracidad y verdad anteriormente apuntada); de otro modo las personas podrían abrigar el temor de poder incurrir de un modo total-

³¹ Véanse los párrafos 64 a 66 del Capítulo III del Informe Anual 2008 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, publicado en mayo del presente año.

mente inadvertido para ellas en responsabilidad por la emisión de expresiones o informaciones, lo cual podría llevarlos, directa o indirectamente, a restringir abruptamente el ejercicio de sus derechos a expresarse o informar.

c) *Materialidad y acreditación del daño*: las reglas de imputación de responsabilidad posterior deben requerir que quien alega que cierta expresión o información le causa un daño en su honorabilidad tenga la carga de probar que el daño es real, que efectivamente se produjo. No estaría justificado limitar derechos fundamentales apelando a meros riesgos, a daños eventuales, no acreditados: las bases justificativas de la limitación de derechos fundamentales deben ser siempre la lesión acreditada de otros intereses o derechos constitucionalmente protegidos y las normas deben exigir esa acreditación.

c) *Doble juego de la exceptio veritatis*: la persona que se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad ulterior *probando que los hechos a los que se refiere son ciertos* y, complementariamente, *no puede ser obligada a probar*, como condición sine qua non para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos. En otras palabras: las personas no pueden ser sujetas al límite de poder expresarse solamente respecto de hechos cuya certeza tengan los medios para probar ante un tribunal, pero deben siempre poder usar la prueba de que son ciertos para bloquear una imputación de responsabilidad por invasión de la reputación de otra persona³². Además, hay que recordar que las cuestiones de veracidad o de falsedad únicamente son relevantes respecto de la expresión de informaciones, no de opiniones —las cuales, como tales, no pueden ser ni verdaderas ni falsas—.

d) *Gradación de medios de exigencia de responsabilidad*. El ordenamiento jurídico no puede contemplar una vía única de exigencia de responsabilidad, porque el requisito de que las afectaciones de derechos sean necesarias, adecuadas y proporcionales demanda la existencia de medidas leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves. Además, hay que tener presente que al lado de exigencia de responsabilidad civil y penal existe otra vía, ahora expresa-

³² Este importante criterio es desarrollado por la Corte Interamericana en el *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit. supra.*, párrafo 132. Véase el párrafo 99 del capítulo III del Informe Especial para la Libertad de Expresión 2008, *cit. supra.*

mente mencionada en el artículo 6° de la Constitución Federal: el derecho de réplica; por su menor impacto en términos de afectación de derechos está llamado a tener un lugar muy destacado en el diseño del mapa de consecuencias jurídicas derivables del ejercicio de la libertad de expresión.

e) *Minimización de las restricciones indirectas.* Al interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales y legales en la materia no debe olvidarse que la plena garantía de las libertades consagradas en los artículos 6° y 7° de la Carta Magna exige no sólo evitar restricciones injustificadas directas, sino también indirectas³³. La proscripción de restricciones indirectas tiene muchas posibles derivaciones, pero una que es importante recordar en el contexto de este asunto obliga a prestar especial atención a las reglas de distribución de responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de difusión de noticias y opiniones. Se trata, en otras palabras, de no generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás.

Lo anterior permite concluir con facilidad que le asiste la razón al recurrente cuando señala que el Tribunal Colegiado siguió una línea de pensamiento incompatible con la Constitución, por varios motivos concurrentes o acumulados: primero, al sostener que lo publicado constituía, por el sólo hecho de contener una breve alusión que bajo ciertos criterios puede considerarse relacionada con la vida sexual, una invasión a la vida privada (en realidad, más específicamente, al honor) de la persona referida; segundo, al sostener que la protección constitucional de la vida privada hacía automáticamente imposible la difusión pública de los datos, opiniones e informaciones contenidas en la nota periodística y que, en consecuencia, convertía en jurídicamente irreprochable el enjuiciamiento penal del director del periódico en el que la misma había aparecido; y, tercero, al desarrollar un razonamiento que no estima constitucionalmente reprochable la regulación contenida en la Ley de Imprenta de Guanajuato, sobre cuya base fue procesado y sentenciado el quejoso.

³³ Sobre la importancia de prohibir y evitar las restricciones indirectas a la libertad de expresión en contexto del sistema interamericano, véase el Capítulo III del Informe 2008 de la Relatoría Especial, *cit. supra*, párrafos 129 a 133.

Su razonamiento debía haber sido claramente otro. Lo que debía haber hecho, en primer lugar, es destacar que la plena vigencia de los derechos fundamentales cuya vulneración denunciaba el quejoso exigía realizar en el caso una interpretación integral de la entrevista publicada, que atendiera a la totalidad de su contenido, a su contexto, propósito general y modo de presentación. El procesamiento y condena penal del quejoso no podía hacerse depender de una expresión aislada —cuyo significado, además, se hizo coincidir automáticamente en el caso con el que proponía el denunciante, el cual distaba de ser obvio—. El juicio acerca de si lo expresado debía ser referido a vertientes estrictamente privadas de la vida de la persona o a vertientes públicas, o por lo menos atinentes a la vida y los intereses de otras personas y no sólo a la del denunciante, debía haber emergido de esa apreciación integral del material analizado.

En segundo lugar, el Tribunal debía haber destacado que la protección de la intimidad y el honor de las personas que ocupan o han ocupado cargos de responsabilidad pública es siempre menos extenso que lo habitual, porque han aceptado voluntariamente, por el sólo hecho de situarse en ciertas posiciones, exponerse al escrutinio público y recibir lo que bajo estándares más estrictos (en el caso de ciudadanos ordinarios) podrían quizá considerarse afectaciones a la reputación o a la intimidad. El ámbito de sus derechos a la privacidad o intimidad en sentido estricto (el ámbito de lo que legítimamente se desea mantener fuera del conocimiento de los demás) y al honor (a no ser objeto de ataques desproporcionados que destruyan su reputación y buen nombre ante los demás) es, como punto de partida —el punto de la delimitación preliminar de los derechos que posteriormente, si es el caso, deberán ser ponderados o conjugados con otros— siempre menos extenso que en los casos ordinarios.

En tercer lugar, aun si hubiera llegado a la conclusión de que podía hablarse de una afectación *prima facie* a los derechos de la personalidad del Presidente Municipal, el Tribunal debía haber señalado que la misma podía en el caso concreto quedar jurídicamente justificada por la necesidad de ponderar las exigencias en sentido opuesto de los otros derechos fundamentales en juego. Los derechos de la personalidad no están pensados para impedir el ejercicio de un amplio control ciudadano sobre el desempeño de las personas con responsabilidades públicas —un control ciudadano que habitualmente vendrá mediado por la actividad de los me-

dios de comunicación—. Debía haberse considerado, más específicamente, la posibilidad de que las declaraciones de un ex empleado de un Presidente Municipal —un cargo público indudablemente importante— estuvieran respaldadas por un fuerte interés público ligado al hecho de que existiera un debate acerca de la regularidad o irregularidad de su gestión (o simplemente, ligado al hecho de que la aparición de ciertas informaciones en la prensa pudiera haber originado ese debate).

Debía haber considerado, además, que la condición de ser funcionario público, o de haberlo sido en el pasado, otorga a quienes se consideren afectados por ciertas informaciones u opiniones unas posibilidades de acceder a los medios de comunicación y reaccionar a expresiones o informaciones que los involucren muy por encima de las que tienen habitualmente los ciudadanos medios³⁴, y debía haber apuntado la posibilidad de que la entrevista periodística constituyera, precisamente, el ejercicio por parte del chofer del derecho a replicar a las manifestaciones y actuaciones previas del citado Presidente. La totalidad de los hechos debía haberse evaluado tomando en consideración que la democracia exige conocimiento y escrutinio constante de las acciones y omisiones de los funcionarios del Estado, y que el umbral de intensidad de crítica y debate al que deben estar expuestas personas como la que eran objeto de referencia en la nota periodística analizada es un umbral muy alto, no fácil de traspasar por razones que abran la puerta a la imputación de responsabilidades civiles o penales.

Finalmente, y como corolario de todo lo anterior, el Tribunal Colegiado debía haberse percatado de la imposibilidad de aplicar la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato al caso concreto, por representar una norma de limitación de derechos innecesaria y desproporcionada, que hacía imposible evaluar jurídicamente los hechos del caso de conformidad con los estándares que hemos apuntado. La clara incompatibilidad con el texto constitucional de la premisa jurídica bajo la cual fue enjuiciado el quejoso es lo que justifica que esta Corte, en vía de revisión, otorgue el amparo liso y llano.

4. Inaplicabilidad de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato

³⁴ Vid. Capítulo III del Informe sobre la Libertad de Expresión, párrafo 102, *cit supra*.

El Tribunal Colegiado —autoridad competente para enjuiciar la constitucionalidad de una ley estatal— debía haberse percatado de la imposibilidad de enjuiciar los hechos del caso bajo una norma como la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. La ley podía declararse aplicable al caso concreto si y solo si el Tribunal llegaba a la conclusión de que la misma permitía la imposición de responsabilidades posteriores derivadas del ejercicio de los derechos a la libre expresión y a la información de una manera idónea, necesaria y proporcional. El Tribunal debía comprobar que no se hubiera aplicado al quejoso —como él denunciaba— una norma legal incompatible con los artículos 6º y 7º de la Constitución, entendidos de conformidad con los lineamientos anteriormente desarrollados. Los derechos abstractamente enunciados en nuestra Carta Magna deben cobrar virtualidad en los casos concretos, y cuando estos casos se encuentran ante un tribunal competente para enjuiciar la constitucionalidad de la ley, la ponderación de derechos expresada en esta última puede ser dejada de lado si aquél estima queda fuera del abanico formado por el conjunto de ponderaciones constitucionalmente aceptables.

Veamos, entonces, cuáles son los términos de la ley bajo la cual el quejoso fue sentenciado a una pena privativa de libertad³⁵. Los artículos 1º, 2º, y 3º de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato se refieren a los ataques a la vida privada, ataques a la moral y ataques al orden o a la paz pública en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o.- Constituyen ataques a la vida privada:

I.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensaje, o de cualquier otro medio, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses;

II.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos o por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren;

³⁵ El quejoso denuncia la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Imprenta de Guanajuato, pero para los efectos de nuestro análisis, hemos estimado adecuado analizarlos del 1 al 8.

III.- Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

IV.- Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo o a sufrir daño en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

ARTÍCULO 2o.- Constituye un ataque a la moral:

I.- Toda manifestación de palabra, por escrito o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellas o de sus autores;

II.- Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los enumerados en la fracción I del artículo 2o., con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales, todos aquellos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor;

III.- Toda distribución, venta o exposición al público, de cualquiera manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno (sic) o que representan actos lúbricos.

ARTÍCULO 3o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública:

I.- Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquiera otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones del Estado o con los que se injuria al mismo Estado, a los Municipios o a los funcionarios de dichas Entidades;

II.- Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseja, excite o provoque directa o indirectamente a las Fuerzas de Seguridad del Estado o a la Policía de los Municipios a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las Leyes o de los mandatos legítimos de la Autoridad; se injurie a las Autoridades del Estado con el objeto de

RESPONSABILIDADES ULTERIORES POR EMISIÓN DE DISCURSO

atraer sobre ella el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto de ataque a los cuerpos públicos colegiados, a los Cuerpos de Policía o a sus miembros, con motivo de sus funciones; o se aconseje, excite o provoque a la comisión de un delito determinado;

III.- La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad en el Estado o de lastimar su crédito o el de los Municipios;

IV.- Toda publicación prohibida por la Ley o por la autoridad, por causa de interés público, o hecha antes de que la Ley permita darla a conocer al público.

Los artículos 4º y 5º de ese mismo cuerpo normativo se refieren, por su parte, a las condiciones que se deben reunir para que una manifestación o expresión se considere maliciosa. Así, el artículo 4º sostiene que en el caso de los tres artículos que preceden, “[s]e considera maliciosa una manifestación o expresión cuando por los términos en que está concebida sea ofensiva, o cuando implique necesariamente la intención de ofender.” El artículo 5º por su parte señala que no se considera maliciosa una manifestación o expresión aunque sean ofensivos sus términos por su propia significación, en los casos de excepción que la ley establezca expresamente, y, además, cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al quejoso son ciertos, o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos. El artículo 6º dispone que en ningún caso podrá considerarse delictuosa la crítica para un funcionario o empleado público si son ciertos los hechos en que se apoya, y si las apreciaciones que con motivo de ella se hacen son racionales y están motivadas por aquéllos, siempre que no se viertan frases o palabras injuriosas.

El artículo 7º establece que una manifestación se ha realizado públicamente cuando se haga o ejecute en las calles, plazas, paseos, teatros u otros lugares de reuniones públicas, o en lugares privados, pero de manera que puedan ser observadas, vistas u oídas por el público.

Finalmente, el artículo 8 se refiere a la excitación a la anarquía. Esta conducta se actualiza cuando “[s]e aconseje o se incite al robo, al asesinato, a la destrucción de los inmuebles por el uso de explosivos o se haga la apología de estos delitos o de sus autores, como medio de lograr la destrucción o la reforma del orden social existente.”

Los problemas del artículo 1º, central en la base normativa que sustentó la condena penal del quejoso, son evidentes. En primer lugar, existe una patente falta de claridad inicial asociada al hecho de que el artículo se refiera a “ataques a la vida privada” cuando lo que describe en realidad son conductas atentatorias del derecho al honor. Con independencia de que la tensión conceptual pueda aminorarse entendiendo la vida privada como una noción amplia que abarca tanto a la intimidad como al honor —como han sugerido ciertas tesis de esta Corte citadas con anterioridad—³⁶ no quedan por ello eliminada la confusión producida por la construcción estructural defectuosa de algo que en nuestro ordenamiento —en beneficio de la seguridad jurídica, la previsibilidad, y la garantía última de la libertad de las personas— está sometido a estrictos requisitos: la redacción de un tipo penal.

En segundo lugar, debido nuevamente a su naturaleza de norma penal que permite privar a los ciudadanos de su libertad y de conformidad con lo expresado en las secciones anteriores, el artículo 1º de la Ley de Imprenta de Guanajuato debería tener por objeto ataques al buen nombre especialmente graves y claramente acreditados. Lo que ocurre es exactamente lo contrario: al referirse simplemente de manifestaciones o expresiones que *expongan* a una persona al odio, desprecio o ridículo, o *puedan* causarle *demérito* en su reputación o *en sus intereses* el precepto criminaliza incluso casos en los que la afectación a la buena reputación es puramente eventual. No es necesario prueba ni principio de prueba alguno del daño actual, sino que en realidad basta el simple gesto de “exponer” a los demás a conductas eventualmente invasoras del derecho al honor, o que “puedan” causar demérito (aunque realmente no lo causen) para que el tipo penal entre en juego.

La indeterminación y excesiva extensión de algunas otras expresiones de este artículo es patente: no siendo suficiente su referencia a daños meramente hipotéticos, su lectura atenta muestra que cubre tanto afectaciones directas a la reputación como el simple “demérito” de la misma; no siendo suficiente que las afectaciones a la “reputación” cubiertas por la norma penal sean amplísimas, la misma cubre también las que las personas pueden sufrir “en sus intereses”. La presencia de esta última expresión desdibuja irremediablemente el de interés o derecho que el legisla-

³⁶ Véase *supra*, nota al pie 8.

dor supuestamente debe preservar frente a ejercicios abusivos de la libertad de expresión y deja el tipo penal totalmente abierto.

En tales condiciones, no hay manera de concluir que el artículo satisface las condiciones del principio de taxatividad inscrito en el principio general de legalidad penal, ni el requisito, funcionalmente equivalente en este caso, de que toda restricción a la libertad de expresión esté previamente prevista en una norma con rango legal redactada de manera clara y precisa. La Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato es una ley formal, pero es vaga, ambigua, demasiado amplia y abierta: no supera las condiciones básicas que permitirían calificarla de restricción constitucional (y convencionalmente) admisible a los derechos protegidos por los artículos 6° y 7° de la Carta Magna.

La conclusión anterior debería por sí sola haber llevado al tribunal de garantías constitucionales a decretar inaplicable al caso concreto de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, cuya inconstitucionalidad había denunciado el quejoso. Pero no está demás mencionar brevemente algunas dificultades adicionales. Como acabamos de subrayar, la redacción del artículo 1° de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato es tremendamente abarcativa, pues su redacción incluye una detallada ejemplificación de conductas que “atacan la vida privada” y una cláusula residual (expresiones o manifestaciones por “cualquier otro medio”) que acaba incluyendo cualquier hipótesis imaginable. Pues bien, es importante destacar que este amplísimo alcance penalizador no queda acotado por el requisito, impuesto por el mismo artículo 1°, de que la expresión sea “maliciosa”, expresión que el tenor de los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley no permiten interpretar en un sentido constitucionalmente admisible.

Ello es así porque el artículo 4° de la Ley de Imprenta de Guanajuato nos indica que será “maliciosa” no solamente la expresión o manifestación que “implique necesariamente la intención de ofender”, sino también “cuando por los términos en que está concebida sea ofensiva”. Por tanto, es suficiente con que el juzgador penal estime que los términos de una expresión o manifestación son objetivamente ofensivos, con total independencia del estado mental de la persona que se expresa, al que parecía conceder inicialmente relevancia la presencia de la palabra “malicia”.

De modo similar, el artículo 5° de la citada Ley contiene una previsión que, pareciendo superficialmente querer ser una acotación de la penalización, no lo es en sus términos reales. Según este artículo no se con-

siderará maliciosa una manifestación o expresión, aunque sus términos sean objetivamente ofensivos, “cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al quejoso son ciertos o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos”. Como hemos visto, para que el ejercicio de la libertad de expresión e información pueda ser pleno y efectivo no es posible exigir que las personas puedan librarse de ser penalmente condenados sólo si se refirieron a algo que pueden probar que es completamente cierto. El artículo que comentamos lo exige, pero, ciertamente, ofrece una alternativa: probar que se tenían motivos fundados para considerarlo verdadero y probar que se publicó con fines honestos. Qué tan aminorante del peso y la extensión del tipo penal sea esta cláusula alternativa dependerá entonces, en gran medida, de cómo la interprete el juzgador penal, de que exija al inculpado la aportación de elementos probatorios formales o se conforme con la aportación de razones y alegatos que muestre que aquél no albergaba exclusivamente malas intenciones ni obraba desde un descuido abierto por cerciorarse de que lo afirmado tenía cierta base en la realidad.

Desafortunadamente, el siguiente artículo no deja ni espacio para las dudas. El artículo 6° es, de nuevo, un precepto que pareciendo presentarse como una norma limitadora del peso del derecho penal, deriva finalmente en lo contrario, y acaba configurando una norma constitucionalmente mucho más problemática todavía que las anteriores. Lo que hace este artículo es exceptuar la excepción anterior (la prevista en el artículo 5°) y, por tanto, *ampliar* el alcance de la criminalización de la expresión: “En ningún caso se podrá considerarse delictuosa la crítica para un *funcionario o empleado público* si son *ciertos* los hechos en que se apoya y si las apreciaciones que con motivo de ella se hacen *son racionales y están motivadas por aquéllos, siempre que no se viertan frases o palabras injuriosas*”. No puede afirmarse que este precepto acoja la *exceptio veritatis* porque permite a las personas liberarse de imputaciones de difamación sólo mostrando que las afirmaciones son ciertas pero además “racionales” y “motivadas por aquéllos”, con la condición adicional de que “no se viertan [en ningún caso] frases o palabras injuriosas”.

El acumulado de estas cláusulas impone condiciones extraordinariamente exigentes y, a nuestro juicio, dejan a la norma fuera de los estándares de razonabilidad de las limitaciones anteriormente mencionados. Además, interpretado a contrario, el artículo 6° permite llegar a la con-

clusión de que *sólo si prueban* los extremos anteriores pueden las personas librarse de ser penalmente responsables de un ataque a la vida privada (o a la moral, o al orden y la paz públicas, en los términos de los artículos 2º y 3º de la Ley analizada).

De este modo un artículo que se refiere a un tipo de discurso especialmente protegido, el referido a funcionarios o empleados públicos, que merece de entrada un plus de protección constitucional frente a los derechos de la personalidad, impone unos límites muy superiores a los que el resto de la Ley impone para el discurso expresivo o informativo ordinario, y hace prácticamente imposible escapar del procesamiento penal en ocasión de actos de ejercicio de las libertades de expresión y opinión deberían considerarse completamente normales y deseables. El mismo tipo de “blindaje” desproporcionado de las autoridades puede detectarse en el artículo 3º.

En conclusión: los artículos de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato sobre cuya base fue condenado el quejoso no permiten al juzgador penal hacer el tipo de análisis global de los hechos exigible en esos casos. No permiten enjuiciar el caso tomando adecuadamente en consideración la totalidad de elementos y circunstancias que hemos señalado como relevantes en esa ejecutoria: personas intervinientes y actividades profesionales propias de las mismas y su función social, interés público presentado por el tipo de información difundida, contexto político y social en Acámbaro en el momento de la publicación, propósito predominante de la entrevista, modo de presentación, etcétera. Tampoco permiten hacer la necesaria distinción entre enjuiciamiento de hechos y enjuiciamiento de opiniones, o tener en cuenta que respecto a las opiniones no tiene sentido predicar su verdad o falsedad y que, en cuanto a los hechos, la exigencia de que sean veraces no puede hacerse equivalente a los requisitos establecidos en los artículos 4º, 5º y 6º de la misma. El régimen de responsabilidad penal previsto en la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato permite imputar responsabilidad penal a personas que no tenían intención de ofender, y por invasiones meramente eventuales, no actuales, del derecho a la intimidad y al derecho al honor. Por los amplios términos en que describe las conductas penalizadas y la ausencia de calificación en el plano de los sujetos, la Ley permite criminalizar tanto a las personas que se expresan como al resto de intervinientes en la cadena de difusión de noticias y opiniones y se erige en una candidata idónea

para generar autocensura y todo tipo de restricciones directas e indirectas a la libertad de expresión. Finalmente, tampoco permite dar un tratamiento justo a conductas cuyo adecuado y proporcional tratamiento jurídico, a la vista de las previsiones de nuestra Carta Magna, exigiría el uso de alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales, lejanas al derecho penal.

Esta Corte debe, por consiguiente, declarar inconstitucional no solamente el artículo 1º de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, que contiene el tipo penal que sirvió para encuadrar la conducta del quejoso, sino también, haciendo uso, como es debido en los casos penales, de la facultad de esta Corte de suplir la deficiencia de los alegatos del quejoso, también la de la fracción II del artículo 30 de la ley citada, según la cual “[l]os ataques a la vida privada se castigarán [...] II.- Con pena de seis meses a 4 años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando el ataque o injuria sea de los que causen afrenta ante la opinión pública o consista en una imputación o en apreciaciones que pueden perjudicar considerablemente la honra, la fama o el crédito del injuriado, o comprometerse de una manera grave la vida, la libertad o los derechos o intereses de éste, o exponerlo al odio o al desprecio público”, en el que también se fundó la condena penal del quejoso.

Por los motivos desarrollados a lo largo de este considerando, al estar fundamentado el análisis de la constitucionalidad de la sentencia revisada en una incorrecta interpretación del contenido y alcance de los derechos contenidos en los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal, inseparablemente ligada a una inadecuada interpretación de la Ley que sustenta la condena penal contenida en el acto reclamado, cuya incompatibilidad con la Constitución debía haber llevado a su inaplicación al caso concreto, esta Sala debe revocar la sentencia recurrida y otorga al quejoso, de modo liso y llano, el amparo de la Justicia Federal.

Por lo expuesto y fundado,

SE RESUELVE:

PRIMERO. Se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión ampara y protege a...contra la sentencia de dieciocho de enero de dos mil ocho, dictada en el toca nú-

RESPONSABILIDADES ULTERIORES POR EMISIÓN DE DISCURSO

mero 04/2007 por el Juez Único de Partido en Materia Penal en Acámbaro, Estado de Guanajuato.

...

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL
PARA DETERMINAR LAS REPARACIONES
EN EL ÁMBITO INTERNO

Sinopsis: La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia ordenó modificar una sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que desestimó las pretensiones reparatorias de los familiares de dos terratenientes que presuntamente fueron asesinados por soldados del Ejército Nacional. Los familiares solicitaron al Tribunal Administrativo de Antioquia que declarara patrimonial y moralmente responsable a la Nación —Ministerio de Defensa, Ejército Nacional— por los daños causados con motivo de la muerte de los terratenientes. Sin embargo, en la presente sentencia, entre otros, la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que era aplicable la excepción de cosa juzgada internacional a la mayoría de los familiares por identidad de partes, causa y objeto con lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. No obstante, la Sala declaró responsable administrativamente a la Nación por los perjuicios causados sólo a uno de dichos familiares en virtud de que no actuó ante la jurisdicción del sistema interamericano previamente. La Sala consideró en el caso concreto que: i) al establecer la “reparación integral” del daño y ordenar, entre otras cuestiones, las indemnizaciones a que hubiera lugar, la Corte Interamericana definió una controversia con efectos de cosa juzgada internacional por lo que en el orden interno no se debía determinar una segunda indemnización, de forma que el análisis de responsabilidad administrativa de las entidades demandadas se limitaría al familiar que no quedó amparado por la cosa juzgada internacional; y que, asimismo, ii) dado que la sentencia de la Corte Interamericana constituía prueba plena de la responsabilidad de las entidades públicas demandadas en cuanto a los perjuicios causados, que estaba acreditado el parentesco del familiar con uno de los terratenientes asesinados y que se presumía la aflicción de los hermanos de una persona asesinada, el Estado debía pagar por concepto de perjuicios morales una suma determinada en la sentencia.

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

Además de la sentencia dictada en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Sala de lo Contencioso Administrativo se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, ambos contra Honduras; *Fermín Ramírez vs. Guatemala*; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*; *Maritza Urrutia vs. Guatemala*; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*; *19 Comerciantes vs. Colombia*; *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*; *Baldeón García vs. Perú*; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*; y, *Las Palmeras vs. Colombia*; así como a la Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, entre otros.

Synopsis: *The Administrative Chamber of the Colombian Council of State ordered that the judgment of the first instance rendered by the Administrative Court of Antioquia dismissing the reparations sought by the next of kin of two landowners who were allegedly killed by National Army soldiers be amended. The next of kin requested the Administrative Court of Antioquia to declare the State —National Army Defense Ministry— responsible for the pecuniary and non-pecuniary damages resulting from the death of said landowners. In the instant judgment, however, the Administrative Chamber considered, inter alia, that an international res iudicata was applicable to most of the next of kin on account of the identity of claim, parties, and interests with regard to the decision adopted by the Inter-American Court of Human Rights in the case of *The Ituango Massacres v. Colombia*. Notwithstanding, the Chamber found the State to have administrative responsibility for the damages caused to only one of said next of kin, as he had not resorted to the Inter-American System. In the case at hand, the Chamber considered that i) in determining the “integral reparation” of the damages and ordering, among other measures, payment of due compensation, the Inter-American Court ruled on a controversy having the effects of international res iudicata, whereby at the domestic level no further compensation was to be awarded and the examination of the administrative responsibility of the respondent State organs would be restricted to the next of kin regarding whom the international res iudicata was not applicable; and that, furthermore, ii) as the judgment rendered by the Inter-American Court constituted conclusive*

evidence of the responsibility of the respondent State organs charged with the damages caused, the kinship of the next of kin with one of the landowners killed had been proven and the grief of the siblings of a person killed was presumed, the State was to pay the amount set in the judgment as non-pecuniary damages.

*In addition to the judgment rendered in the case of *The Ituango Massacres v. Colombia*, the Administrative Chamber referred to the case law of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of *Velásquez-Rodríguez and Godínez-Cruz*, both against Honduras; *Fermin Ramírez v. Guatemala*; *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*; *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*; *Maritza Urrutia v. Guatemala*; *Mapiripan Massacre v. Colombia*; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*; *19 Tradesmen v. Colombia*; *Acevedo-Jaramillo et al. v. Peru*; *La Rochela Massacre v. Colombia*; *Baena-Ricardo et al. v. Panama*; *Baldeón-García v. Peru*; *Myrna Mack-Chang v. Guatemala*; *Aloeboetoe et al. v. Surinam*; and, *Las Palmeras v. Colombia*; as well as to *Advisory Opinion OC-10/89, Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, among others.*

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR
ROBERTO ZULETA ARANGO Y OTROS
SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

...

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de dos de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso de la referencia, y en la cual se decidió lo siguiente:

“NIÉGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”...

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el cinco de agosto de 1998, Roberto Zuleta Arango, María Magdalena Zabala, Margarita, Rodrigo, Orlando, Aracelly y Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, Celia Monsalve y María Graciela Cossio Jaramillo, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Andrés, Carlos Adrián y Juan Felipe Cossio; María Oliva Calle Fernández, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Omar Albeiro, Juan Carlos, Deisy Tatiana, Cristian de Jesús y Johan Daniel Calle Fernández; María Livia Carmona, Gudiela del Carmen, Orlando de Jesús, Rosangela y Oscar Ortiz Carmona, solicitaron por medio de apoderado judicial que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, de los daños ocasionados con motivo de la muerte de los señores Fabio Zuleta Zabala y Omar Ortiz Carmona, imputable a miembros del Ejército Nacional, en hechos que tuvieron ocurrencia el 22 de octubre de 1997, en el municipio de Ituango, Departamento de Antioquia.

...

3. Como fundamento de sus pretensiones, los demandantes, narraron que el 22 de octubre de 1997, a eso de las 6:30 de la noche aproximadamente, se hicieron presentes soldados del Ejército Nacional en la finca de los señores Fabio Zuleta y Omar Ortiz, los increparon, según adujeron, por ser colaboradores de la guerrilla; luego de conversar con ellos durante un lapso aproximado de 10 minutos, procedieron a darles muerte y, adicionalmente, amenazaron a los trabajadores para que guardaran silencio sobre lo acontecido.

...

4. ... La entidad demandada la contestó, y se opuso a las pretensiones de los actores, manifestando que: “Estas se encuentran fundamentadas en hechos perpetrados por terceros, es decir, las muertes que se atribuyen a la fuerza pública fueron perpetradas por personas ajenas absolutamente a la institución, sin que haya responsabilidad alguna por acción u omisión del Ejército”. Así mismo, propuso como excepciones: “No haberse presentado prueba de la calidad en que actúa el demandante”, e “incapacidad o indebida representación del demandado”...

...

1. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia desestimó las pretensiones de la demanda. En criterio de la Corporación, en el asunto *sub examine*, de las pruebas allegadas al proceso no es posible deducir la responsabilidad del Ejército Nacional. Así, entonces, “la carga de la prueba, que incumbía a la parte demandante no fue adecuadamente allegada o cumplida, razón por la cual no es posible probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, puesto que se convirtieron los argumentos esbozados por el actor en especulaciones”...

2. Recurso de apelación

2.1. La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia; éste fue admitido mediante providencia de 11 de marzo de 2005...

...

2.3. En contra de la decisión anterior [auto de 16 de mayo de 2007 que no aprobó la conciliación judicial], el Ministerio Público, formuló recurso de reposición a efectos de que se revocara y, en su lugar, se aprobara la conciliación en relación con el señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala –quien no acudió a la jurisdicción internacional. En relación con los otros demandantes, solicitó que se declarara la terminación del proceso por haber operado, frente a los mismos, el fenómeno de la cosa juzgada internacional.

2.4. A través de providencia de 25 de julio de 2007, se decidió no reponer el auto de 16 de mayo anterior, por cuanto es al momento de dictar sentencia cuando el juez ostenta la facultad y competencia para analizar el soporte fáctico y normativo de cada una de las pretensiones contenidas en la demanda; así mismo, para determinar si en el caso concreto, operó la cosa juzgada respecto de la mayoría de los demandantes.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, y decretada la prelación de fallo en el presente asunto, aborda la Sala el análisis de la controversia a través del siguiente orden conceptual: 1) Responsabilidad de los Estados en el Sistema Interamericano de derechos humanos; 2) Reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y complementariedad con la indemnización en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a nivel interno; 3) Contenido y alcance del principio de “reparación integral” en el derecho interno colombiano; 4) Cosa juzgada internacional; 5) Situación jurídica de los demandantes en los procesos contencioso administrativos internos que no acudieron ante la jurisdicción interamericana; 6) Los hechos probados; 7) Caso concreto, y 8) Condena en costas.

1. Responsabilidad de los Estados en el sistema interamericano de derechos humanos:

Es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso, por parte de un Estado, genera su responsabilidad, la cual se traduce en la obligación de reparar de una forma adecuada¹.

Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, la responsabilidad de los Estados que han ratificado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se deriva no sólo de la suscripción de la misma (Estados miembros de la OEA), sino que, también, se presenta cuando los Estados, adicionalmente a su participación en la Declaración,

¹ International Court of Permanent Justice, Usina de Chorzów, sentencia de 27 de julio de 1927. En Verdad, justicia y reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2007, pág. 34.

han ratificado la Convención Americana, aceptando la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana².

La Convención Americana es una *Lex specialis* del derecho internacional, dentro del sistema interamericano, fue suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, en ella se encuentran consagrados los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar³, y es el principal instrumento de aplicación e interpretación frente a la responsabilidad de los Estados parte, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

El Estado colombiano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la ley 16 de 1972, realizó el depósito de ratificación el 31 de julio de 1973, y aceptó la competencia de la Corte a partir del 21 de julio de 1985; por tal razón, al ratificar este instrumento internacional y al aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano se ha obligado de forma voluntaria a acatar las decisiones de este tribunal, en los casos que resulte comprometida su responsabilidad.

La Corte Interamericana es el organismo encargado de la salvaguarda de la Convención Americana y conoce de aquellos eventos, en los cuales intervengan los Estados que han reconocido expresamente la competencia de ese tribunal internacional; dicha competencia se refiere a la resolución de casos en los que se atribuye responsabilidad internacional a un Estado parte⁴ por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención o de cualquier otro instrumento en el que se reconoce la competencia expresa de la Corte Interamericana para pronunciarse.

En el sistema interamericano de derechos humanos, junto a la Convención Americana, también se encuentran otros instrumentos que poseen efectos jurídicos iguales a los de aquella: el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales

² Al respecto ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-10 de 1989 del 14 de julio de 1989. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 23/81 de 14 de julio de 1981 y Caso 2141 contra Estados Unidos de América.

³ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2004. Capítulo II. Bases Jurídicas y Actividades de la CIDH durante 2004, Párr. 6.

⁴ Artículo 62 de la Convención Americana.

y Culturales⁵, Protocolo Adicional a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte⁶, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁸, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁹, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁰.

Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria, la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna.

De otra parte, para que la Corte Interamericana pueda conocer de un caso de violación a los derechos humanos, necesariamente se tiene que haber tramitado de manera previa, el procedimiento ante la Comisión Interamericana, y se debe haber agotado una serie de requisitos, entre los que se encuentran:

La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana.

-Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana.

⁵ De conformidad con el artículo 23 literal C. de este instrumento, la Corte Interamericana tiene competencia contenciosa para conocer sobre las violaciones a los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación). El Estado Colombiano ratificó este instrumento el 23 de diciembre de 1997, también conocido como Protocolo de San Salvador.

⁶ Colombia no ha ratificado este instrumento.

⁷ El Estado Colombiano ratificó este instrumento el 19 de enero de 1999.

⁸ Colombia no ha ratificado este instrumento.

⁹ La Comisión Interamericana tiene Competencia para conocer sobre las violaciones al artículo 7 (deberes de los Estados), conforme al artículo 12 de este instrumento. El Estado Colombiano ratificó este instrumento el 15 de noviembre de 1996.

¹⁰ Colombia no ha ratificado este instrumento.

-La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos¹¹.

Como se manifestó anteriormente, dentro del sistema interamericano, el hecho que genera la responsabilidad de los Estados, consiste en una violación de alguna de las obligaciones establecidas en los instrumentos suscritos dentro del sistema¹².

La piedra angular sobre la cual se fundamenta la responsabilidad en éste sistema, se encuentra establecida en el artículo 1° de la Convención Americana, que prescribe:

“Obligación de respetar los derechos: 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 (...)”.

Como se puede observar, de la lectura de este artículo se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ambos contra el Estado de Honduras, interpretó estas obligaciones de la siguiente forma:

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda

¹¹ Artículos 46 de la Convención y 32 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

¹² Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

persona sujeta a su jurisdicción. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. El Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹³.

Por su parte, la obligación consagrada en el artículo 2° de la Convención Americana establece:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos tales derechos y libertades”.

Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁴.

Para llegar a determinar la responsabilidad de un Estado en un caso particular, dentro del sistema interamericano, se requiere definir si los hechos que se consideran una violación de los derechos son o no imputables al mismo¹⁵, para ello, la Corte Interamericana ha establecido que no sólo los actos u omisiones del Estado o de sus agentes, que lesionen uno

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166 y ss. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y ss. Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62.

¹⁴ Caso Fermín Ramírez, párrs. 96 a 98, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113.

¹⁵ Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede derivarse responsabilidad por actos presumiblemente cometidos por particulares¹⁶.

Así las cosas, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las actuaciones de sus agentes, o puede hacerlo por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención Americana.

En relación con la responsabilidad de tipo directa la Corte Interamericana, ha precisado:

“Conforme al artículo 1.1. es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o una institución de carácter público que lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en este artículo.”¹⁷

Respecto de la responsabilidad por acción de particulares, la Corte determinó en el Caso la Masacre de Pueblo Bello (vs) Colombia, que:

“Para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente imputable al Estado, pues debe aten-

¹⁶ Ibidem, pág 40.

¹⁷ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166 y ss. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y ss. Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62.

derse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”¹⁸

En cuanto a la imputación de responsabilidad internacional de un Estado dentro del sistema interamericano, la Corte señala que las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas con aplicación de reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A efectos de este análisis, señala la Corte que, “la tesis de responsabilidad objetiva es la que más contribuye a asegurar la efectividad de un tratado de derecho humanos y la realización de su objeto y propósito.”¹⁹

La Corte Interamericana señala que un Estado al ser parte de la Convención Americana asume una posición de garantía y, por tal razón, afirma que:

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, *objetiva* o “absoluta”, teniendo presentes *conjuntamente* los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”²⁰

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párrs 123 y ss; Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Rights, Kiliç v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, par. 62 y 63; Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, par. 115 y 116.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Razonado del Juez Cancado Trindade. Sentencia Caso de la Masacre del Plan de Sánchez.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141 y Caso Maritza Urrutia párr. 41. “(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

En los casos contra Colombia, la Corte interamericana ha aplicado esa figura para atribuir responsabilidad internacional al Estado, señalando que:

“Este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas”²¹.

No obstante lo anterior, la Corte en reciente jurisprudencia, ha expresado que:

“Si bien esta atribución se realiza con base en el derecho internacional, las diversas formas y modalidades que pueden asumir los hechos en situaciones violatorias de derechos humanos hacen poco menos que ilusoria la pretensión de que el derecho internacional defina en forma taxativa o cerrada - o *numerus clausus* - todas las hipótesis o situaciones o estructuras de atribuibilidad o imputabilidad al Estado de cada una de las posibles y eventuales acciones u omisiones de agentes estatales o de particulares”²².

En ese contexto, la Corte Interamericana al atribuir la responsabilidad internacional a un Estado en particular, examina si ha existido alguna conducta que se constituya como violatoria de alguna obligación internacional, bien sea por acción u omisión, siempre que, en términos de la Convención Americana se haya faltado a los deberes de respeto y garantía, o cuando aquel Estado no ha adoptado la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a lo previsto en la Convención Americana o también como consecuencia de la no expedición de normas y el no desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.

²¹ Corte Interamericana. Caso masacre de la Rochela, párr 78. Caso 19 Comerciantes, párrs. 115 a 124. Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 134 y 135; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 125 a 127, 139 y 140.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. párr. 116.

Así las cosas, se podría inferir que, en materia de responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana, si bien manifiesta aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a la luz de nuestra tradición jurídica, este tipo de imputación encuadraría en el régimen subjetivo, denominado por la jurisprudencia Colombiana como la falla o falta en el servicio, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado.

En cuanto a las similitudes, diferencias y limitaciones en los regímenes de responsabilidad por violación a los Derechos Humanos que se establecen en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana a través de la acción de reparación directa, y a las que se realizan en el sistema interamericano, las mismas, han sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana en el caso de la masacre de Ituango contra el Estado Colombiano.

De este estudio se logró establecer lo siguiente:

“Una de las finalidades principales de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, a través de la acción de reparación directa es, precisamente, la de otorgar la reparación material que corresponda en la hipótesis de un daño generado por un acto ilícito producido por funcionarios públicos. En cambio, esta Corte busca determinar, principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.”²³

Sin perjuicio de lo anterior, en el sistema interamericano de derechos humanos, se busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre las personas sujetas a su jurisdicción, y que como consecuencia de ello, se ordene una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contenga las medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición²⁴. Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, una de las finalidades princi-

²³ Corte Interamericana. Sentencia, Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 341 y 342.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos humanos.. Caso de la Masacre de Ituango. Párr 238, Caso Baldeón García, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, párr. 195; y Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294.

pales de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa es, precisamente, la de otorgar la correspondiente indemnización de perjuicios, producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda se puede referir a un derecho consagrado en la Convención.

2. Reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y complementariedad con la indemnización en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a nivel interno

Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, eventualmente, podría surgir la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de cesación de las consecuencias derivadas de la violación²⁵.

Esta obligación, se fundamenta en el artículo 63 numeral 1 de la Convención Americana, el cual dispone:

“Artículo 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha señalado que:

“Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación.”²⁶

²⁵ Corte Interamericana. Caso Baena Ricardo y otros. Competencia, párr. 65; Caso Maritza Urrutia, párr. 142; y Caso Myrna Mack Chang, párr. 235.

²⁶ Corte Interamericana. Caso de la Masacre de Ituangó. Párr 238, Caso Baldeón García, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 195; y Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294.

De conformidad con lo anterior, la Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores²⁷.

En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias²⁸.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial²⁹.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole³⁰.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc³¹.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe

²⁷ Corte Interamericana. Caso de la masacre de Ituango, párr. 297. Caso Baldeón García, párr. 177; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 198.

²⁸ Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

²⁹ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

³⁰ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

³¹ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras³².

Sobre las indemnizaciones en los procesos contencioso administrativos internos y su efecto en la reparación integral en el sistema interamericano, la Corte ha precisado que:

“El Tribunal señaló que las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos podían ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso”³³.

“En el presente caso, la Corte valora los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial. Estos aspectos serán tomados en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes por las violaciones a la Convención declaradas en la presente Sentencia”³⁴.

En consonancia con lo anterior, en los casos promovidos contra el Estado colombiano, la Corte Interamericana ha determinado la pertinencia de otorgar reparaciones pecuniarias, así como los montos respectivos debidos en cada caso, para lo cual ha tenido en cuenta que el Estado haya otorgado indemnizaciones a nivel interno en el ámbito de procesos contenciosos administrativos.

Sobre el particular, dicho organismo internacional ha precisado:

“376. Respecto de los acuerdos conciliatorios presentados como prueba ante este Tribunal que ya hayan sido resueltos en los procesos contencioso administrativos (*supra* párr. 125.101), la Corte recuerda el principio que establece que las indemnizaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. Según fue señalado (*supra* párrs. 335 a 343), dichos acuerdos establecen indemnizaciones por concepto de daños materiales y morales, que incluyen algunos de los aspectos que abarcan las reparaciones por dichos conceptos otorgados por la Corte. Por lo anterior, el Tribunal tomará en cuenta los casos de las personas que han sido benefi-

³² *Ibidem*.

³³ Corte Interamericana. Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 214. En igual sentido Caso de las Masacres de Ituango, párr. 339; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 206.

³⁴ Corte Interamericana. Caso masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 222.

ciadas a través de dichos acuerdos en esos procesos contencioso administrativos, tanto en relación con el daño material, como con el daño inmaterial cuando corresponda. Toda vez que el Tribunal no cuenta con prueba del pago efectivo de los montos otorgados a nivel interno en la jurisdicción contencioso administrativa en relación con los hechos de la masacre de El Aro, la Corte procederá a ordenar reparaciones por concepto de daño material e inmaterial a las víctimas del presente caso que vivían en dicho corregimiento. Lo anterior, sin perjuicio de que el Estado pueda descontar las cantidades otorgadas a nivel interno al momento de la liquidación de las reparaciones ordenadas por la Corte. En caso de que las reparaciones otorgadas en los procesos contencioso administrativos sean mayores que las ordenadas por este Tribunal en esta Sentencia, el Estado no podrá descontar dicha diferencia a la víctima.

“377. Respecto de procesos de reparación directa incoados por las víctimas del presente caso o sus familiares que se encontraran pendientes ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, la Corte fija en esta Sentencia las reparaciones pertinentes, independientemente de su estado actual. Al momento en que, en su caso, el Estado haga efectivo el pago de las mismas, deberá comunicarlo a los tribunales que estén conociendo dichos procesos para que resuelvan lo conducente³⁵.

3. Contenido y alcance del principio de “reparación integral” en el derecho interno colombiano

De conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998 –a través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia–, la valoración de daños irrogados a las personas o a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, deberá atender a los principios de reparación integral, equidad y de actualización técnico actuarial.

En similar sentido, el artículo 8 de la ley 975 de 2005³⁶, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación, en los siguientes términos:

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 366, 376 y 377. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 251.

³⁶ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.”

Como se aprecia, el Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona de deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad.

En esa perspectiva, el Estado a nivel interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional.

Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño”, debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de dicho postulado normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericana-

no de Derechos Humanos –de ahora en adelante “SIDH”–, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano.

Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, ¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho interno dicho canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos?

Efectuado un análisis completo del sistema de reparación en el Derecho Internacional Americano de los Derechos Humanos, es necesario abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma como el mismo se imbrica y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente, a partir del concepto de resarcimiento del daño.

Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante).

Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas:

- Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.
- No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.

Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias³⁷, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la re-

³⁷ En este punto resulta pertinente señalar que, a diferencia del marco internacional de los derechos humanos, en Colombia no existe ningún tipo de autoridad que pueda de manera independiente y autónoma, adoptar todas y cada una de las medidas tendientes a la reparación integral del daño. Es por ello que, necesariamente, en el ámbito interno, es necesario a efectos de obtener la verdadera concreción de la justicia restaurativa de dere-

paración integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la *restitutio in integrum* (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

En esa dirección, en reciente oportunidad, la jurisprudencia constitucional puntualizó:

“No puede en consecuencia la entidad accionada negar a las víctimas del conflicto armado interno la asistencia que demandan, fundada en las circunstancias en que se produjo la vulneración, porque, cualquiera fuere la modalidad utilizada por los actores, el derecho internacional humanitario proscribire e impone la restitución de todo acto de violencia contra la vida y la persona, contra la dignidad personal, la toma de rehenes y las ejecuciones sin sentencia previa, pronunciada por tribunal competente y con sujeción a las garantías constitucionales.

Se observa, entonces, que, para efecto de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no interesa que la vulneración se haya producido o no en combate, ataque, acto terrorista o masacre.

“Esta Corte, al resolver sobre qué debe entenderse por desplazado por la violencia, en función del Registro Único de Población Desplazada, ha considerado que las víctimas no requieren del “*reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto*”, toda vez que la realidad del desplazamiento desborda “*la afirmación de su configuración por parte de las autoridades*”³⁸.

chos humanos trasgredidos, obtener la coordinación y convergencia de las diversas entidades encargadas de la efectiva materialización de las medidas de reparación (v.gr. Procuraduría, Fiscalía, Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Acción Social (Programa Presidencial), etc.”

³⁸ Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Y más adelante, en la misma providencia, el tribunal constitucional precisó:

“(…) El primero entre los treinta y ocho Principios que conforman la directriz de apoyo a los Estados, para la adopción de medidas eficaces de lucha contra la impunidad, elaborada de conformidad con la actualización ordenada por la Resolución 2004/72³⁹, expedida por la Comisión de Derechos Humanos establece:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

“Señala el Principio Diecinueve de la directriz a que se hace mención i) que los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y “adoptarán medidas apropiadas respecto de los autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” y ii) que, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en la materia, se adoptarán medidas complementarias para garantizar la participación de las víctimas y de toda persona u organización no gubernamental “interesada (...) como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados, cuyo derecho penal contemple esos procedimientos”.

“Los Principios prevén, además, medidas contra la prescripción i) con miras a que ésta no opere, tanto respecto de la investigación, como de las penas, en tanto “no existan recursos eficaces contra esa infracción” y ii) que la misma no se invoque dentro del marco de “las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación” –Principios 22 y 23-.

³⁹ La Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General designar un experto independiente que actualizara el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad i) conforme la evolución del derecho y las prácticas internacionales en la materia, ii) que partiera del estudio Independiente sobre el tema, elaborado en cumplimiento de la Resolución 2003/72 –Luis Jonet 1997- y iii) que recogiera las opiniones recibidas de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. El escrito fue confiado a la profesora Diane Orentlicher y presentado como Add.1 conjuntamente con el informe E/CN.4/2005/102.

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

“En lo que tiene que ver con la reparación de los daños, la directriz distingue el derecho de las víctimas y sus derechohabientes a ser indemnizados por los perjuicios causados, del derecho de los Estados a repetir contra los autores, de manera que, con independencia de los resultados de la investigación, toda persona afectada en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, por hechos sucedidos dentro del marco del conflicto armado interno, puede exigir “medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional”, sin perjuicio del derecho del Estado de dirigirse contra los responsables de la vulneración –artículo 2° C.P. Principio 34-.

“Siendo así, ante la decisión de la Fiscalía General de la Nación de abstenerse de emprender la investigación que demanda la ocurrencia de hechos criminales, dentro del marco del conflicto armado -desconociendo el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a que los autores de la violación sean procesados, juzgados y condenados-, la Red de Solidaridad Social no puede, de contera, condicionar la reparación a la expedición de una certificación -sobre los “móviles ideológicos y políticos”- que solo podrían haber expedido las autoridades judiciales, una vez culminado el trancado enjuiciamiento.

“Lo anterior, toda vez que la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que solo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento.

“(…)”⁴⁰

Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos.

La Corte Permanente de Justicia Internacional (ONU), acerca del concepto de reparación integral, puntualizó:

“Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de reparación en forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que puedan obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación.

“(…) El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de los tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho.”⁴¹

Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, *per se*, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.

En ese contexto, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios al interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos: i) de un lado, los relativos a los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, por el otro, ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos

⁴¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245.

emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos de la persona. La anterior distinción permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho.

Por consiguiente se puede afirmar, sin ambages alguno, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo -en sede de un proceso ordinario de reparación directa- deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio.

A la anterior conclusión se aproxima la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando, en reciente oportunidad, al interior de este mismo proceso, en relación con los efectos que producen las sentencias de la Corte Interamericana en el orden jurídico interno manifestó:

“Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible que en el derecho interno se hayan adelantado varios procesos tendientes a la indemnización del daño causado, eventos éstos en los cuales, lo procedente será, bajo el supuesto de que se profiera sentencia por la Corte Interamericana, descontar los valores cancelados a nivel interno, como quiera que según las reglas del derecho indemnizatorio, no es posible resarcir dos veces un mismo perjuicio o daño.

“La anterior hipótesis, deja a salvo la competencia jurisdiccional internacional de la Corte, como quiera que, independientemente de la existencia o no de procesos judiciales a nivel interno, el organismo internacional no pierde competencia para verificar si existió una vulneración o desconocimiento a los derechos amparados por la convención interamericana de derechos humanos.

“Diferente situación se presenta, cuando existe un fallo proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, adicionalmente, las partes se encuentran adelantando procesos judiciales – con la posibilidad de celebrar conciliaciones judiciales-, o conciliaciones prejudiciales en el derecho interno. Corresponde por lo tanto, en esta oportunidad, definir cuál debe ser la solución que debe adoptarse en estos eventos en los cuales el juez competente a nivel interno observa que existió una condena internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

“Sobre el particular, podrían ser varias las soluciones posibles a saber, razón por la que se abordará el análisis específico de cada una de ellas, para determinar cuál de todas se acompasa mejor con los postulados constitucionales – incluido el bloque de constitucionalidad- y legales:

“i) Una primera solución señalaría que es perfectamente posible adelantar simultáneamente procesos internos e internacionales para perseguir la indemnización del perjuicio, y que, por consiguiente, si bien puede existir una condena judicial internacional al Estado colombiano⁴³ por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nivel interno, podrán coexistir y, por lo tanto, fallarse los respectivos procesos judiciales iniciados.

⁴² “(...) 251. Respecto de los procesos de reparación directa incoados por familiares de las personas desaparecidas y de las privadas de su vida que se encuentran pendientes ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana (*supra* párrs. 95.148 a 95.158), la Corte fija en esta Sentencia las reparaciones pertinentes, independientemente de su estado actual. **Al momento en que el Estado haga efectivo el pago de las mismas, deberá comunicarlo a los tribunales que estén conociendo dichos procesos para que resuelvan lo conducente.**” (negritas y subrayado de la Sala). Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

“(...) 377. Respecto de procesos de reparación directa incoados por las víctimas del presente caso o sus familiares que se encontraran pendientes ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, la Corte fija en esta Sentencia las reparaciones pertinentes, independientemente de su estado actual. Al momento en que, en su caso, el Estado haga efectivo el pago de las mismas, deberá comunicarlo a los tribunales que estén conociendo dichos procesos para que resuelvan lo conducente.” Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso de Ituango (vs) Colombia, sentencia de 1º de julio de 2006.

⁴³ Las personas que concurren con las características de la personalidad jurídica, en materia internacional, por regla general, son los Estados. Al respecto ver: PASTOR Roldruejo, José A. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, Pág. 277. “El Estado continúa ostentando una posición clave de protagonismo en las relaciones internacionales y sujeto por excelencia del Derecho Internacional.”

“ii) Una segunda posibilidad, reconoce que la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir el respectivo caso sometido a su consideración, mediante sentencia, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional al establecer la reparación integral del daño – y por lo tanto, decretar las indemnizaciones a que haya lugar, ordenar iniciar los procesos penales y disciplinarios respectivos, entre otros-, está definiendo la controversia con efectos de cosa juzgada internacional y, por ende, cualquier manifestación adicional o contraria por parte de un órgano judicial a nivel interno devendría en ilegal, por cuanto estaría desconociendo la cosa juzgada.⁴⁴⁷⁴⁵

Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral depende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones.

Debe resaltarse, por ende, el papel que desempeña el juez en el Estado Social de Derecho, toda vez que es el llamado a servir, en términos del profesor Zagrebelsky, como mediador entre el Estado y la sociedad, en tanto el ordenamiento jurídico le confiere, de acuerdo con la naturaleza de la controversia puesta a su consideración, una gama amplísima de posibilidades tendientes a la materialización de una verdadera justicia material, en donde independientemente al origen del daño o la lesión del interés o del derecho, en todos los casos, la persona tenga, valga la

⁴⁴ Esta posición no niega la posibilidad de que se inicien los respectivos procesos judiciales a nivel interno, en contra de las autoridades públicas que se consideren responsables de indemnizar el perjuicio, sólo que se advierte, adicionalmente, que si la persona acude ante el organismo internacional competente (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y este último judicializa al Estado Colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta profiere sentencia, habrá lugar a declarar, a nivel interno, que existe cosa juzgada material y formal sobre la indemnización discutida a nivel interno, por cuanto la Corte dentro del ámbito de competencias – que son múltiples- determina, además, las indemnizaciones a que haya lugar a favor de las víctimas de las violaciones.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 16 de mayo de 2007, exp. 29273, M.P. Enrique Gil Botero.

redundancia, un derecho fundamental a que la reparación del perjuicio sea integral, y fundamentada en criterios de justicia y equidad.

4. Cosa juzgada internacional

A la cosa juzgada o “*res judicata*” se le ha asimilado al principio del “*non bis in idem*”, y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, plena eficacia jurídica, es por ello que la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los artículos 332 del C.P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se contienen los elementos formales y materiales para su configuración. El formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi y fundamentos jurídicos, lo anterior, para garantizar la estabilidad y la seguridad propia de la esencia del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para que se configure la cosa juzgada, es necesario analizar los requisitos concurrentes establecidos en ambos códigos, a saber: i) que los procesos versen sobre el mismo objeto, ii) que tengan la misma causa y, iii) que exista identidad jurídica de partes.

Al respecto, esta Sala ha precisado lo siguiente:

“Es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la “identidad jurídica de partes”, lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica. Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso. La identidad de causa se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal.”⁴⁶

Para efectos del presente proceso, advierte la Sala que mediante sentencia de 1° de julio de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de “las Masacres de Ituango vs. Colombia”, se decidió admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado Colombiano por la violación a los derechos consagrados en los artículos: 4° (vida), 5° (integridad), 7° (libertad personal), 21° (propiedad privada), todos ellos en conexión con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía); y en consecuencia, se condenó al Estado a asegurar una reparación integral por dichas violaciones.

Ahora bien, como quiera que el asunto de la referencia fue fallado por la Corte Interamericana, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada, se analizará la configuración de “la cosa juzgada internacional”:

En cuanto al objeto de ambas jurisdicciones, como se mencionó antes, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, sobre las personas sujetas a su jurisdicción. Así mismo, en el ordenamiento jurídico colombiano, una de las finalidades principales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de la acción de reparación directa, es precisamente la de otorgar la correspondiente indemnización de perjuicios producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda, se puede referir a un derecho consagrado en la Convención.

Sobre el objeto del litigio, tanto en el sistema interamericano como en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la declaratoria de responsa-

⁴⁶ Sentencia, Sección Tercera del Consejo de Estado de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14109.

bilidad implica, en el primero de ellos, que se ordene a éste reparar integralmente el daño, compeliéndole a tomar medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición. Igualmente, dentro de la jurisdicción interna se busca indemnizar los perjuicios de índole moral y material producidos como consecuencia de un daño anti-jurídico. Así mismo, la causa es idéntica, toda vez que se trata de la masacre de Ituango, La Granja, El Aro, ocurrida en octubre de 1999, en el Departamento de Antioquia.

Por último, encuentra la Sala que existe identidad de partes, tal como lo exige la ley administrativa y la civil para configurar la cosa juzgada, por cuanto los demandantes en el proceso de la referencia, actuaron como tales ante la jurisdicción del sistema interamericano, a excepción del señor Joaquín Zuleta Zabala quien no acudió a la jurisdicción interamericana. Por otra parte, si bien la demandada en el proceso de la referencia es la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado, la Nación Colombiana resulta ser la misma persona jurídica, sólo que a nivel interno.

Acerca del contenido y alcance de la cosa juzgada, inclusive en diferentes órdenes normativos, la doctrina extranjera ha puntualizado:

“La cosa juzgada consiste en la prohibición de que los juicios se repitan. Existe para dar firmeza a los juicios ya emitidos, y como consecuencia, seguridad jurídica al sistema jurídico – social. Para existir, precisa de un enjuiciamiento, así como de la necesidad de estabilidad de ese enjuiciamiento. Toda resolución judicial que posea esos dos elementos, tiene eficacia de cosa juzgada.

“(…) La cosa juzgada es una institución única para cualquier orden jurisdiccional. **Siempre que precisen estabilidad, los juicios de todo orden jurisdiccional poseen eficacia de cosa juzgada más allá de las fronteras de su propia jurisdicción, en tanto en cuanto se haya fallado sobre asuntos pertenecientes al orden propio del juez.**”⁴⁷(destaca la Sala).

Ahora bien, mediante la referida sentencia de 1° de julio de 2006, la cual fue debidamente allegada a este proceso (fls. 439 a 639 cdno. ppal. 2°), se aprecia la condena decretada a favor de los familiares de los seño-

⁴⁷ NIEVA Fenoll, Jordi “La cosa juzgada”, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, Pág. 288 y 289.

res Fabio Antonio Zuleta Zabala y Omar de Jesús Ortiz Carmona, quienes figuran como demandantes en el proceso de la referencia, luego de que la Corte decidiera admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado Colombiano por los mismos hechos objeto de este proceso y, por esta razón, se dispuso ordenar al Estado acatar una serie de medidas tendientes a obtener la reparación integral del daño producido.

Así las cosas, surge de forma evidente que los elementos que identifican el proceso tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coinciden con los que se analizan en la apelación en el proceso de la referencia, pues no sólo hay identidad de partes, sino de causa y objeto, por lo que ha de declararse la cosa juzgada internacional.

De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir el respectivo caso sometido a su consideración, mediante sentencia definitiva, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional al establecer la reparación integral del daño y, por consiguiente, decretar las indemnizaciones a que haya lugar, ordenar iniciar los procesos penales y disciplinarios respectivos, entre otros, está definiendo la controversia con efectos de cosa juzgada internacional y, por ende, cualquier manifestación adicional o contraria por parte de un órgano judicial a nivel interno devendría en ilegal por cuanto estaría desconociendo la cosa juzgada.⁴⁸

5. Situación jurídica de los demandantes en los procesos contencioso administrativos internos que no acudieron ante la jurisdicción interamericana

⁴⁸ Esta posición no niega la posibilidad de que se inicien los respectivos procesos judiciales a nivel interno, en contra de las autoridades públicas que se consideren responsables de indemnizar el perjuicio, sólo que se advierte, adicionalmente, que si la persona acude ante el organismo internacional competente y este último judicializa al Estado Colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta profiere sentencia, habrá lugar a declarar, a nivel interno, que existe cosa juzgada material y formal sobre la indemnización discutida a nivel interno, por cuanto la Corte dentro del ámbito de competencias – que son múltiples- determina, además, las indemnizaciones a que haya lugar a favor de las víctimas de las violaciones.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado lo siguiente:

“354. “El Tribunal aclara que la determinación de las reparaciones en esta instancia internacional no obstaculiza ni precluye la posibilidad de otros familiares de víctimas no individualizados o identificados en el presente proceso, de plantear los reclamos pertinentes ante las autoridades nacionales.”⁴⁹(Subrayado de la Sala).

Para la Sala es necesario aclarar que para las personas que no acuden al trámite internacional, de ninguna manera operaría para ellas el fenómeno jurídico de la cosa juzgada internacional, toda vez que sobre los mismos no ha existido proceso ante la Corte, caso contrario sería el de quienes acuden ante la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obteniendo una sentencia desestimatoria de sus pretensiones.

Por lo anterior, la Sala procederá a resolver el recurso de apelación formulado por el señor Joaquín Zuleta Zabala quien figura como demandante en el presente proceso; él no acudió al trámite internacional y, sobre quien, no ha operado la cosa juzgada internacional, conforme a lo expuesto.

6. Los hechos probados

Analizado el acervo probatorio allegado al expediente, se tiene que el mismo refleja los siguientes aspectos:

6.1. De folios 83 a 85 del cuaderno 1, obra la declaración del señor Carlos Mario Castañeda, quien estuvo presente el día de los hechos, y manifestó lo siguiente:

“(…) La gente que llegó allí le preguntaron (sic) a Fabio y a Omar que si ellos le colaboraban a la guerrilla, entonces ellos les dijeron que no, y el que los mandaba a ellos les dijo que los mataran a Omar y a Fabio. PREGUNTANDO: Cuénteles al despacho si reconoció por su nombre o alias a algún miembro de ese grupo?, CONTESTÓ: Yo por el apodo no, por el nombre tampoco, los distinguí porque ya los había visto ahí mismo, ellos ha-

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 354.

bían estado allí antes, distinguí a tres, yo los había visto una vez que nos agarró el Ejército allá en la misma finca, distinguí a un mal (sic) alto él, con la cara un poquito ruñida (sic), como pues que le daban muchos barros cuando estaba joven, era blanco, cabello negro, no recuerdo más, había otro que era moreno, bajito prácticamente era negro peloquieto, distinguí a otro alto, moreno, acuerpado, era como costeño. PREGUNTANDO: Quien dio la orden de matar a los señores OMAR ORTIZ y FABIO ZULETA?, CONTESTÓ: El mismo que le decían cabo, ósea el carirruñido... (sic)” (fls. 83 a 85 cdno. ppal. 1°).

6.2. Testimonio rendido por el señor Adrián Octavio Velásquez Pérez, quien también estuvo presente el día de los hechos, en el cual especifica lo siguiente (fls. 77 a 78 cdno. ppal. 1°):

“(…) Llegaron unos uniformados como soldados, entonces nos cogieron y nos sentaron en una banca, y cogieron a FABIO y a OMAR que eran nuestros patrones y les preguntaron que si ellos le colaboraban a la guerrilla, y ellos dijeron que no, entonces ya los mataron por eso, PREGUNTANDO: Cuéntele al despacho si reconoció por su nombre o alias a algún miembro de ese grupo, o por haberlo visto anteriormente?, CONTESTÓ: Yo distinguí a un moreno que había entrado primero cuando llegó el Ejército, cuando los problemas antes, y otro que le decían piña...” (fls 77 a 78 cdno. ppal. 1°).

6.3. De folios 439 a 639 del cuaderno principal 2° instancia, obra copia auténtica de la sentencia de 1° de julio de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los mismos hechos debatidos en el presente proceso y, en la cual se decidió lo siguiente:

“LA CORTE DECIDE,

Por unanimidad,

1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida) de la Convención, en perjuicio de los señores William de Jesús Villa García, María Graciela Arboleda Rodríguez, Héctor Hernán Correa García, Jairo de Jesús Sepúlveda Arias, Arnulfo Sánchez Álvarez, José Darío Martínez Pérez, Olcris Fail Díaz Pérez, Wilmar de Jesús Restrepo Torres, Omar de Jesús Ortiz Carmona, Fabio Antonio Zuleta Zabala, Otoniel de Jesús Tejada Jaramillo, Omar

Iván Gutiérrez Nohavá, Guillermo Andrés Mendoza Posso, Nelson de Jesús Palacio Cárdenas, Luis Modesto Múnera Posada, Dora Luz Areiza Arroyave, Alberto Correa, Marco Aurelio Areiza Osorio y Elvia Rosa Areiza Barrera; 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en perjuicio de los señores Jairo de Jesús Sepúlveda Arias, Marco Aurelio Areiza Osorio y Elvia Rosa Areiza Barrera; 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en perjuicio de los señores Marco Aurelio Areiza Osorio y Elvia Rosa Areiza Barrera; y 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención, en perjuicio de los señores Luis Humberto Mendoza, Libardo Mendoza, Francisco Osvaldo Pino Posada, Omar Alfredo Torres Jaramillo, Ricardo Alfredo Builes Echeverry y Bernardo María Jiménez Lopera, todos ellos en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho instrumento, de conformidad con los párrafos 56 a 72 de la presente Sentencia, con sus consecuencias jurídicas en materia de reparaciones.

2. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado, de conformidad con los párrafos 103 y 104 del presente Fallo.

DECLARA,

Por unanimidad, que:

3. El Estado violó, en perjuicio de William de Jesús Villa García, María Graciela Arboleda Rodríguez, Héctor Hernán Correa García, Jairo de Jesús Sepúlveda Arias, Arnulfo Sánchez Álvarez, José Darío Martínez Pérez, Olcris Fail Díaz Pérez, Wilmar de Jesús Restrepo Torres, **Omar de Jesús Ortiz Carmona, Fabio Antonio Zuleta Zabala**, Otoniel de Jesús Tejada Jaramillo, Omar Iván Gutiérrez Nohavá, Guillermo Andrés Mendoza Posso, Nelson de Jesús Palacio Cárdenas, Luis Modesto Múnera Posada, Dora Luz Areiza Arroyave, Alberto Correa, Marco Aurelio Areiza Osorio y Elvia Rosa Areiza Barrera, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en los términos de los párrafos 126 a 138 de la presente Sentencia.

4. El Estado violó, en perjuicio de los señores Francisco Osvaldo Pino Posada, Omar Alfredo Torres Jaramillo, Rodrigo Alberto Mendoza Posso, Noveiri Antonio Jiménez Jiménez, Milciades De Jesús Crespo, Ricardo Barrera, Gilberto Lopera, Argemiro Echavarría, José Luis Palacio,

Román Salazar, William Chavarría, Libardo Carvajal, Eduardo Rua, Eulicio García, Alberto Lopera, Tomás Monsalve y Felipe “Pipe” Gomez, el derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, consagrado en el artículo 6.2 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho Tratado, por las razones expuestas en los párrafos 145 a 148 y 154 a 168 de esta Sentencia.

5. El Estado violó, en perjuicio de los señores Francisco Osvaldo Pino Posada, Omar Alfredo Torres Jaramillo, Rodrigo Alberto Mendoza Posso, Noveiri Antonio Jiménez Jiménez, Milciades De Jesús Crespo, Ricardo Barrera, Gilberto Lopera, Argemiro Echavarría, José Luis Palacio, Román Salazar, William Chavarría, Libardo Carvajal, Eduardo Rua, Eulicio García, y Alberto Lopera, el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7 (Derecho a la Libertad) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho Tratado, por las razones expuestas en los párrafos 145 a 153 de este Fallo.

6. El Estado violó, en perjuicio de las personas que perdieron bienes en El Aro, quienes se encuentran señaladas en el párrafo 200.a de esta Sentencia, el derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 172 a 188 de la presente Sentencia.

7. El Estado violó, en perjuicio de las personas cuyos domicilios fueron destruidos en El Aro, quienes se encuentran señaladas en el párrafo 200.b de esta Sentencia, el derecho establecido en el artículo 11.2 de la Convención relativo a la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y en el domicilio, en relación con los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 189 a 199 de esta Sentencia.

8. El Estado violó, en perjuicio de las personas desplazadas de El Aro y La Granja, quienes se encuentran señaladas en los párrafos 225 y 235 de esta Sentencia, el derecho de circulación y de residencia, consagrado en el artículo 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Dere-

chos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 204 a 235 del presente Fallo.

9. El Estado violó, en perjuicio de los niños Wilmar de Jesús Restrepo Torres, Jorge Correa Sánchez, Omar Daniel Pérez Areiza, José Leonel Areiza Posada y Marco Aurelio Areiza Posada, el derecho a las medidas de protección que por condición de menor requerían, consagrado en el artículo 19 (Derechos del Niño) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, por las razones expuestas en los párrafos 239 a 248 de esta Sentencia

10. El Estado violó, en perjuicio de las víctimas ejecutadas en El Aro y La Granja y sus familiares, quienes se encuentran señaladas en los párrafos 257 y 265 de esta Sentencia, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 252 a 268 del presente Fallo.

11. El Estado violó, en perjuicio de las personas señaladas en los párrafos 269, 270, 276 y 277 de esta Sentencia, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en relación con los artículos 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), 7 (Derecho a la Libertad), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 269 a 277 y 279 de la presente Sentencia.

12. El Estado violó, en perjuicio de todos los pobladores de La Granja y El Aro, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en relación el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con lo señalado en los párrafos 278 y 279 del presente Fallo.

13. El Estado violó, en perjuicio de todas las personas cuyos derechos fueron vulnerados, y no se les garantizó el pleno acceso a la justicia, quienes se encuentran señaladas en el párrafo 344 de la presente Sentencia, los derechos consagrados en los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, de conformidad con los párrafos 283 a 344 del presente Fallo.

14. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, en los términos del párrafo 387 de la misma.

Y DISPONE,

Por unanimidad, que:

15. El Estado debe llevar adelante las diligencias necesarias para proveer justicia en el presente caso, en los términos de los párrafos 399 a 402 de esta Sentencia.

16. El Estado debe brindar gratuitamente, y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran los familiares de las víctimas ejecutadas en el presente caso, en los términos del párrafo 403 de esta Sentencia.

17. El Estado deberá realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los ex habitantes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hayan visto desplazados puedan regresar a El Aro o La Granja, según sea el caso y si así lo desearan, en los términos del párrafo 404 de este Fallo.

18. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, con presencia de altas autoridades, en los términos de los párrafos 405 y 406 de este Fallo.

19. El Estado debe implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requieran, en los términos del párrafo 407 de esta Sentencia.

20. El Estado deberá fijar una placa en un lugar público apropiado en cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro, con el propósito de que las nuevas generaciones conozcan acerca de los hechos que dieron lugar al presente caso. Lo anterior en los términos del párrafo 408 de este Fallo.

21. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos humanos y derecho internacional humanitario permanentes dentro de las fuerzas armadas colombianas, en los términos del párrafo 409 de esta Sentencia.

22. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capí-

tulo relativo a los hechos probados de este Fallo, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 410 de la misma.

23. El Estado debe pagar a las personas señaladas en los anexos I y III del presente Fallo, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño material, las cantidades fijadas en el párrafo 379 y en los anexos I y III de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 358, 359, 363, 364, 376, 377, 417 y 420 a 424 de la misma.

24. El Estado debe pagar a las personas señaladas en los anexos I, II y III de la presente Sentencia, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño inmaterial, las cantidades fijadas en el párrafo 390 y en los anexos I, II y III del presente Fallo, en los términos de los párrafos 358, 359, 363, 364, 376, 377, 390, 417 y 420 a 424 del mismo.

25. El Estado debe pagar, en el plazo de un año, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las cantidades fijadas en el párrafo 416 de la presente Sentencia, las cuales deberán ser entregadas, según corresponda, al Grupo Interdisciplinario de Derechos Humanos y a la Comisión Colombiana de Juristas, en los términos de los párrafos 416, 417 y 419 a 421 del presente Fallo.

26. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 425 del presente Fallo.

Los Jueces García Ramírez y Cançado Trindade hicieron conocer a la Corte sus Votos Razonados, los cuales acompañan a la presente Sentencia. (folios 585 a 589 cdno. ppal. 2° - destaca la Sala).”

7. Caso concreto

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala como se señaló anteriormente, procederá a decretar de oficio, de conformidad con la potestad es-

tablecida en los artículos 170 del C.C.A.⁵⁰ y 306 del C.P.C.⁵¹(aplicable por la remisión del artículo 267 del C.C.A.), la cosa juzgada internacional y, por consiguiente, el análisis de responsabilidad se circunscribirá al señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala –demandante–, quien no acudió al Sistema Interamericano de Derechos Humanos a reclamar la reparación integral del perjuicio a él causado.

Los fundamentos del anterior aserto, son los siguientes:

7.1. En relación con la cosa juzgada internacional que afecta a los señores Roberto Zuleta Arango, María Magdalena Zabala, Margarita, Rodrigo, Orlando, Aracelly y Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, Celia Monsalve y María Graciela Cossio Jaramillo, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Andrés, Carlos Adrián y Juan Felipe Cossio; María Oliva Calle Fernández, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Omar Albeiro, Juan Carlos, Deisy Tatiana, Cristian de Jesús y Johan Daniel Calle Fernández; María Livia Carmona, Gudiela del Carmen, Orlando de Jesús, Rosangela y Oscar Ortiz Carmona, debe precisarse que al acudir voluntariamente a un organismo internacional que juzga la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos, y cuya forma de resarcimiento se basa en el principio de “reparación integral”, lo cierto es que una de las maneras de restituir las cosas al estado anterior frente a las víctimas, es la denominada indemnización de perjuicios –materiales e inmateriales–, motivo por el cual, cuando existe una condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al Estado Colombiano, uno de los aspectos que se encuentra cubierto por la cosa juzgada es el relativo a la indemnización decretada en el fallo.

En ese orden de ideas, no es posible que, a nivel interno, se determine una segunda indemnización por los hechos que fueron objeto de juzgamiento en la Corte Internacional de Derechos Humanos, por cuanto dicha situación trasgrediría dos pilares del derecho constitucional y procesal moderno: i) el principio al respeto por la cosa juzgada, en directa

⁵⁰ “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones...”

⁵¹ “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda...”

relación con el derecho fundamental al non *bis in idem*, y ii) el postulado general de prohibición de enriquecimiento derivado de un mismo hecho; ello quiere significar que nadie puede pretender derivar de un daño un doble resarcimiento o indemnización, por cuanto se estaría generando un claro evento de enriquecimiento injustificado no amparado por la legislación internacional, ni por la nacional.

Es cierto que la jurisprudencia internacional en la materia, ha señalado que las indemnizaciones decretadas en el orden interno, esto es, de cada Estado, no pueden ser oponibles a la reparación en el marco internacional y, por lo tanto, no son óbice para que las personas acudan a los organismos internacionales de derechos humanos a efectos de que sea declarada la responsabilidad del Estado por violaciones al estatuto del mencionado orden. Lo anterior es razonable, en tanto en el derecho interno la indemnización de perjuicios que, eventualmente puede disponer la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no puede abarcar el macro concepto antes mencionado de la “*reparación integral*”, al menos en ese plano, por cuanto a nivel interno, esa reparación se podría obtener a partir del movimiento del aparato estatal desde diversas ramas del poder público (Jurisdicción Ordinaria Penal, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Fiscalía General de la Nación, etc.) y órganos independientes del mismo (Procuraduría, Contraloría, etc.)

Por lo tanto, el concepto de “*reparación integral*” a nivel internacional comprende no sólo el resarcimiento integral de un daño –como acontece a nivel interno–, sino que abarca un contenido, proyección y alcance mayor, como quiera que, a través de una serie de medidas no sólo de índole económicas, sino también conminativas, conmemorativas y simbólicas, se propende por restablecer los derechos humanos que fueron trasgredidos. Entonces, si bien, a nivel interno es posible hacer referencia a la “*reparación del perjuicio padecido*” decretada por la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es claro que dicho contenido no alcanza el universo de medidas que puede, en determinado caso, decretar la jurisdicción internacional.

Lo anterior, como quiera que a nivel internacional, la Corte Interamericana cuenta con competencia para adoptar todas las medidas indemnizatorias, o de cualquier otra índole, con el fin de restablecer el derecho o conjunto de garantías humanas que han sido trasgredidas por uno de los Estados sometidos a su jurisdicción. *A contrario sensu*, en el orden inter-

no, la “reparación integral” a que hace referencia la ley 446 de 1998, atiende al criterio del resarcimiento del concepto “daño”, por consiguiente, no es posible confundir los mencionados ámbitos, en tanto a nivel internacional se propende no sólo por el resarcimiento material de los daños que ocasiona una específica vulneración de un derecho humano por parte de la organización estatal, sino que además, aplican una serie de medidas, no sólo de ese orden, en aras de blindar los derechos humanos mismos, como también mecanismos que trascienden la mera reparación patrimonial y extramatrimonial, mientras que, a nivel interno, la Jurisdicción Contencioso Administrativa propende por el resarcimiento integral de un daño antijurídico causado por el Estado.

Entonces, la labor adelantada por la Corte Interamericana en la esfera internacional, puede ser desarrollada a nivel interno igualmente, pero la misma implica el movimiento de diversas entidades públicas jurisdiccionales (Jueces y Cortes), de control (Fiscalía y Procuraduría), de la Rama Ejecutiva (Presidente, Acción Social, entre otros), quienes en el marco de sus competencias deben propender por el resarcimiento integral del derecho o derechos fundamentales, colectivos o humanos en general que hayan sido transgredidos en relación con la población.

Es por lo anterior, que en el plano interno o nacional, de otro lado, debe diferenciarse la actividad del juez constitucional del ordinario o de reparación, en tanto el primero puede adoptar una serie de medidas no sólo económicas dirigidas al restablecimiento de los derechos y garantías vulneradas, mientras que el segundo, aunque nunca se despoja de su condición de garante de la Constitución Política y de las normas que integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.), concretamente, el de lo contencioso administrativo que juzga la responsabilidad del Estado, busca determinar la indemnización integral de un daño o perjuicio causado con ocasión de una concreta actuación u omisión administrativa.

7.2. En esa perspectiva, toda vez que en el asunto *sub exámine* existe identidad de partes, objeto y causa en relación con la providencia proferida el 1º de julio de 2006, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la Sala no habrá lugar a abordar el análisis de responsabilidad del Estado, esto es, la comprobación del daño antijurídico y su imputación a la administración pública, en tanto ésta quedó decidida en el orden internacional con efectos de cosa juzgada, circunstancia por la cual los demandantes en el presente proceso deberán estarse a lo resuelto

en la citada providencia, salvo el señor Joaquín Zuleta Zabala, quien no se encuentra en la situación precitada.

Como corolario, de lo anterior, para la Sala sin anfibología alguna, se encuentra probada la excepción de cosa juzgada formal y material, escenario que imposibilita el análisis del fundamento fáctico y jurídico en que se estructuran las pretensiones de la demanda, evento que motiva a declarar oficiosamente la mencionada excepción.

Así las cosas, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir el respectivo caso sometido a su consideración, mediante sentencia, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional al establecer la reparación integral del daño – y por lo tanto, decretar las indemnizaciones a que haya lugar, ordenar iniciar los procesos penales y disciplinarios respectivos, entre otros-, está definiendo la controversia con efectos de cosa juzgada internacional y, por ende, cualquier manifestación adicional o contraria por parte de un órgano judicial a nivel interno devendría en ilegal, por cuanto estaría desconociendo la cosa juzgada⁵².

7.3. Ahora bien, como quiera que uno de los demandantes en el presente proceso, Joaquín Zuleta Zabala, no acudió ante la jurisdicción internacional para deprecar la responsabilidad del Estado colombiano por los perjuicios a él causados, debe la Sala entonces efectuar el correspondiente análisis de responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes públicos demandados, en tanto el fenómeno de la cosa juzgada internacional no pudo afectarlo o cubrirlo en los términos anteriormente señalados.

A folio 13 del cuaderno principal número uno, obra registro civil de nacimiento del señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, expedido por el Notario Único del Círculo de Valdivia (Antioquia), documento que certifica que es hijo de Roberto Zuleta Arango y Magdalena Zabala Mesa. Así mismo, se allegó con la demanda copia del registro civil de nacimiento y de defunción del señor Fabio Antonio Zuleta Zabala (fls. 18 y 20 cdno. ppal. 1º), instrumentos de los cuales se desprende, fehacientemente, que Joaquín Guillermo y Fabio Antonio Zuleta Zabala eran hermanos, producto de la unión de Roberto Zuleta Arango y Magdalena Zabala Mesa (fl. 17 cdno. ppal. 1º).

⁵² Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 16 de mayo de 2007, exp. 29.273.

En esa perspectiva, y acreditado el parentesco existente entre el señor Fabio Antonio Zuleta Zabala con su hermano Joaquín Guillermo, quien obra como único demandante frente a quien no ha operado la cosa juzgada internacional, debe la Sala determinar la viabilidad de las pretensiones elevadas por este último, las cuales se encuentran circunscritas al perjuicio moral.

7.4. En cuanto concierne a la responsabilidad de las entidades demandadas, para la Sala, la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fue allegada en copia al presente proceso mediante oficio remisorio suscrito por la Directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Cancillería (Ministerio de Relaciones Exteriores), constituye plena prueba de la responsabilidad de las entidades públicas demandadas, motivo por el cual a partir de esa providencia judicial, de rango internacional, se deriva la convicción en relación con el daño antijurídico causado al demandante Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, así como la imputación del mismo a la administración pública.

En relación con la valoración de este medio de convicción, resulta inquestionable que por tratarse de una decisión jurisdiccional, proferida por un organismo internacional, no es posible desconocer los planteamientos y conclusiones allí contenidas, pues, como se ha manifestado de manera reiterada, se encuentra amparada por los efectos de la cosa juzgada y, por consiguiente, ninguna autoridad del orden nacional puede desatender los preceptos contenidos en tal proveído.

En ese contexto, la Sala, con fundamento en la sentencia de 1º de julio de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarará la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas en cuanto se refiere a los perjuicios morales padecidos por el señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, por lo que, a continuación, procederá a liquidarlos.

7.5. Establecido el parentesco con los registros civiles, se da por acreditado el perjuicio moral padecido por Joaquín Guillermo Zuleta Zabala con ocasión de la muerte de su hermano Fabio Antonio Zuleta Zabala, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁵³ que el óbito de

⁵³ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en

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, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia.

En efecto, científicamente, ese tipo de pérdidas es conocida como duelo, que se caracteriza por tener un componente de aflicción o dolor, el cual la doctrina médica ha definido en cuanto a su contenido y alcance en los siguientes términos:

“El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

“La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen.”⁵⁴

la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la *experiencia y la ciencia*. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...” (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002)

⁵⁴ PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. Méjico D.F. 2004. pag. 766 y ss.

Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁵⁵ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación mediante la sentencia de 17 de julio de 1992⁵⁶ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

“Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto).

⁵⁵ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹”.

⁵⁶ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros.

“La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

“En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

“1o. Los descendientes legítimos;

“2o. Los ascendientes legítimos;

“3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

“4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o;

“5o. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o., y 4o;

“6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

“7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

“Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o ibídem, que reza:

“La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy

requeridos, para indemnizarlos. **Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.**

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo anormal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁵⁷ (negritas de la Sala).

Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción causada a Joaquín G. Zuleta Zabala, por la pérdida de su hermano, pariente en segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los registros civiles allegados al proceso, se tiene por demostrado el daño moral.

7.6. Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien sala-

⁵⁷ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera. En sentencia e 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

rios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁸.

En atención a lo anterior, se reconocerá en favor del único demandante y frente a quien se analizaron las pretensiones, esto es, el señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que equivalen a la fecha a \$21.685.000,00, como quiera que, dadas las reglas de la experiencia, los hermanos sufren un dolor moral menor frente al que pueden padecer los padres con los hijos o viceversa, con la salvedad de que siempre se podrá acreditar dentro del proceso un porcentaje mayor al que rige la presunción, pero deberá estar plenamente demostrado, situación que no ocurre en el *sub judice*.

8. Condena en costas

Si bien las pretensiones de la demanda serán denegadas parcialmente en el asunto de la referencia, en términos de lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, por cuanto la conducta procesal de ésta no evidencia mala fe, ni es constitutiva de abuso del derecho.

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

FALLA:

Primero: Modificase la sentencia de 2 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

Segundo: Declárase probada la excepción de **cosa juzgada internacional** en relación con las pretensiones formuladas por Roberto Zuleta Arango, María Magdalena Zabala, Margarita, Rodrigo, Orlando, Aracelly, y Guillermo Zuleta Zabala, Celia Monsalve, María Graciela Cossio Jaramillo; Andrés, Carlos Adrián y Juan Felipe Cossio; María Oliva Calle Fernández; Omar Albeiro, Juan Carlos, Deisy Tatiana, Cristian de Jesús y Johan Daniel Calle Fernández; María Livia Carmona, Gudiela

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL

del Carmen, Orlando de Jesús, Rosangela y Oscar Ortiz Carmona, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Declárase patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de los perjuicios causados al señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, quien no se encuentra amparado por los efectos de la cosa juzgada internacional.

Cuarto. Como consecuencia de lo anterior, **condénase** a la demandada, a pagar, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente en pesos de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales a favor del señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala.

Quinto. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirán las copias pertinentes, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que se entregarán a quien viene figurando como apoderado de los actores.