

CONTENIDO

<i>Contents</i>	XI
Presentación	XIII
<i>Foreword</i>	XV
Nota del editor	XVII
<i>Editor's Note</i>	XIX
Libertad de expresión: los tratados internacionales de derechos humanos como estándares para analizar su posible restricción. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 7 de diciembre de 2001</i>	1
El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. <i>Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003</i>	27
Inconstitucionalidad de la prisión preventiva obligato- ria a la luz de las fuentes internacionales de dere- chos humanos como normas integrantes del bloque de constitucionalidad. <i>Extracto de la Sentencia de la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia, Re- pública Dominicana, 4 de agosto de 2004</i>	51

CONTENIDO

Las fuentes internacionales de derechos humanos como referente del control de constitucionalidad. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 9 de febrero de 2005</i> .	63
Interpretación y alcances del recurso de casación argentino y la garantía de la doble instancia. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Argentina, 20 de septiembre de 2005</i>	77
Crímenes internacionales: imprescriptibilidad y prohibición del otorgamiento de amnistías. <i>Extracto de las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Chile, 13 de marzo de 2007</i>	93
Prohibición del otorgamiento de indulto por violaciones graves a los derechos humanos. <i>Extracto de la Sentencia de la Cámara Federal de lo Criminal de Buenos Aires, Argentina, 25 de abril de 2007</i> . . .	119
Extensión a otros delitos de la aplicación de la pena de muerte y su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 14 de mayo de 2007</i>	137
Criterios para el control constitucional de la censura en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 22 de mayo de 2007</i> . .	149
Estándares internacionales de acceso a la justicia y sus efectos en materia político-electoral con relación a pueblos y comunidades indígenas. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 6 de junio de 2007</i>	211

CONTENIDO

Violación de los derechos políticos y del acceso a la justicia por la falta de control judicial de las decisiones de órganos electorales. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Perú, 19 de junio de 2007</i>	241
Restricciones al ejercicio de los derechos político-electorales: los estándares internacionales de derechos humanos como criterios para su interpretación. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 6 de julio de 2007</i>	269
Alcance del derecho al acceso a la información pública. <i>Extracto de la Sentencia del Juzgado de Liquidación y Sentencia no. 1, Paraguay, 31 de julio de 2007</i> .	289

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.

En la presentación de ese primer número se manifestó que uno de los fenómenos más relevantes del actual desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en lo que toca a su necesaria incorporación en 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 instru-

PRESENTACIÓN

mentos y fijar su sentido y alcance. Una vez desarrollada la interpretación del órgano judicial internacional, las instancias nacionales debiera acogerla como criterio autorizado sobre tales instrumentos, que poseen fuerza vinculante para los Estados que los han ratificado, y por ello crean obligaciones a cargo de éstos y definen derechos en 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, 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 tercer número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen trece sentencias —transcritas íntegramente o expuestas a través de una conveniente selección de párrafos, cuando se trata de resoluciones muy extensas— correspondientes a Argentina, Chile, Colombia, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por la abogada Yuria Saavedra (México), colaboradora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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*.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO ESTÁNDARES PARA ANALIZAR SU POSIBLE RESTRICCIÓN

Sinopsis: En esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia determinó los criterios a los que debe recurrir el juez constitucional al analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de opinión para armonizar su ejercicio con otros derechos, cuando no se encuentran de manera explícita en la Constitución. Este Tribunal señaló que los tratados internacionales de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad tienen un contenido normativo más amplio y explicitan las condiciones que pueden legitimar una restricción a tal derecho. Asimismo, el Tribunal señaló que la Constitución incorpora todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos ya incluidos en la carta política y que, en virtud de la regla de hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete jurídico debe escoger y aplicar la regulación más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Especialmente, la Corte se remitió a los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Synopsis: In this judgment the Constitutional Court of Colombia determined the criteria on which a constitutional judge must be based when analyzing the legitimacy of restrictions to freedom of opinion so make it compatible with other rights when those standards are not explicitly established on the Constitution. This Tribunal argued that the international treaties, which form part of the constitutional block, have a wider content and explicit the

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ANALIZAR SU POSIBLE RESTRICCIÓN

conditions which could legitimate any restriction to the so mentioned right. Likewise, the Tribunal pointed out that the Constitution integrates all the human rights treaties ratified by Colombia which are referred to in the Political Charter and that, by virtue of the hermeneutic rule on favorability, the legal interpreter must choose and apply the most favorable norm to the exercise of human rights. Especially, the Court made a reference to articles 13 and 14 of the American Convention on Human Rights and to the 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 Human Rights) of the Inter-American Court of Human Rights.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

SENTENCIA T-1319/01- 7 DE DICIEMBRE DE 2001 ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR JAIME RODRÍGUEZ EN CONTRA DE IVÁN MEJÍA ÁLVAREZ

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo adoptado por el juez 41 penal del Circuito de Bogotá en el trámite de la acción de tutela instaurada por Jaime Rodríguez en contra de Iván Mejía Álvarez.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. En el mes de febrero de 2000, Jaime Rodríguez se vinculó al Club Deportivo Los Millonarios en calidad de director técnico. A partir de la misma fecha, afirma, el comentarista deportivo Iván Mejía Álvarez ha denigrado “de la actividad profesional, técnica y humana” del señor Rodríguez, “incitando a la afición y, en especial, a las denominadas barras bravas,” a solicitar su retiro de la institución.

2. Debido a estos hechos, el señor Jaime Rodríguez, por intermedio de apoderado, interpone acción de tutela en contra de Iván Mejía Álvarez. En su concepto, el demandando, quien se caracteriza por “su ausencia de conocimientos técnicos y profesionales”, utiliza un vocabulario “propio de las personas que

han carecido de las más elementales reglas de urbanidad”. Sostiene que es “un hecho notorio que el señor Mejía Álvarez provoca en forma directa y abierta en contra de los técnicos y de los jugadores profesionales de fútbol, en su actividad diaria en su programa radial Zona de Candela” (radio) y en el programa Tribuna Caliente (televisión). Estos actos de incitación —contra la integridad personal, profesional y familiar— “en las condiciones actuales por las que vive Colombia” atenta contra la vida, la integridad personal, el libre ejercicio de la actividad profesional y el libre desarrollo de la personalidad”.

...

Sentencia que se revisa

6. Mediante providencia del veinticuatro de julio de 2000, el juez 41 penal del Circuito de Bogotá, negó la tutela. En su concepto, en el presente caso no se está en presencia de una temática de libertad de información, que implica el deber de garantizar la veracidad e imparcialidad de la información, conforme la sentencia T-066 de 1998 de la Corte Constitucional y, por lo mismo, no existe derecho alguno a solicitar la rectificación.

En la medida en que las expresiones difundidas por el demandado no constituyen información —la cual ha sido difundida ampliamente por otros medios y suficientemente conocidos por la opinión pública—, éstas se enmarcan dentro del “derecho a difundir sus propios pensamientos u opiniones como periodista deportivo por ser esta su especialidad”. Siguiendo la sentencia T-048 de 1993, el juez sostiene que el hecho de que respecto de las opiniones no proceda rectificación, mas si reclamo por vías civiles o penales, no implica que no tenga derecho a la réplica, como lo señaló la Corte en sentencia T-274 de 1993. En el presente caso, además, se está frente a un personaje público, lo que lo convierte en “objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad” (T-066 de 1998).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Las manifestaciones hechas por el demandado no constituyen violación al buen nombre del demandante, pues ellas son propias “de su labor como comentarista deportivo, en la que se limita a reseñar lo que en su criterio considera ajustado a los hechos y resultados de los encuentros deportivos en los que interviene el mencionado equipo de fútbol, máxime cuando esa actividad se desarrolla como consecuencia de la libertad de expresión y opinión consagrada en la carta fundamental”. En cuanto a la supuesta relación entre las opiniones del demandado y la hinchada, no es posible deducirla de las expresiones del demandado, quien no tiene control sobre el comportamiento de ese grupo de personas.

Finalmente, considera que la tutela resulta subsidiaria frente a la posibilidad de acudir ante la justicia ordinaria, a fin de que se establezca si tales conductas constituyen infracción a la ley penal. Por lo tanto, al existir otro medio de defensa judicial, tampoco procede la tutela.

...

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

...

Problema jurídico

3. El demandante considera que el periodista deportivo demandado ha violado sus derechos fundamentales al buen nombre, a la integridad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la seguridad personal, debido a las declaraciones que ha emitido en varios programas radiales y televisivos, en los cuales le ha calificado de “pésimo técnico, incapaz, incompetente y que no está a la altura de lo que requiere Millonarios” y que generaron reacciones, en su concepto agresivas y amenazantes, de los hinchas y seguidores del equipo.

El demandado y el juez de instancia consideran, por su parte, que se trata del ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de crítica, que, aduce el primero, goza cualquier ciudadano y

los periodistas, y es propio, sostiene el segundo, del derecho genérico a la libertad de expresión. Por lo tanto, sostiene el juez, no cabe rectificación alguna. Ambos son de la opinión de que el mecanismo idóneo de protección es la justicia ordinaria, sea la civil para solicitar el resarcimiento de daños (señala el juez) o ante la penal (juez y demandado) para investigar la posible comisión de una injuria o calumnia.

En el presente caso se observa que se imputa de manera directa al demandado la violación de los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la intimidad, mientras que se le atribuye a sus declaraciones la capacidad de perturbar a los seguidores del equipo, quienes, por razón de las declaraciones, amenazan los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la seguridad personal. Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional determinar (i) si los procesos penales o civiles constituyen mecanismo principal para lograr la protección de los derechos fundamentales supuestamente violados de manera directa por las declaraciones del periodista; (ii) si las calificaciones hechas por el demandado sobre el demandante constituyen, a la luz de los derechos al buen nombre y honra, un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de opinión y, finalmente; (iii) si es posible derivar la puesta en peligro del derecho a la vida o de la integridad física de las opiniones realizadas por un periodista.

*Protección constitucional del buen nombre, la honra
y del derecho a la vida. Insuficiencia de la protección
por vía del proceso penal*

...

4. En concepto del demandado y del juez de instancia, el mecanismo idóneo para proteger los derechos a la honra y al buen nombre es, principalmente, el proceso penal. De esta afirmación se desprende que ambos consideran que el contenido normativo de los derechos al buen nombre y a la honra, se limitan a aquello protegido con los tipos penales de injuria y calumnia. Igual análisis debe hacerse respecto del derecho a la vida pues,

aunque el demandado y el juez de instancia no lo mencionan, si el proceso penal resulta idóneo para proteger la vida, no podría acudir a la tutela, por razón de su carácter subsidiario.

En sentencia T-263 de 1998, esta corporación, al considerar específicamente el punto de la idoneidad del proceso penal para la protección de los derechos al buen nombre y honra, que desplazaría la tutela, sostuvo:

“Sin embargo, a juicio de la Sala, dos razones militan en contra de la eficacia del proceso penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en este caso. En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina nacionales han sido reiterativas al señalar que el elemento central del delito de injuria está constituido por el animus injuriandi, es decir, por el hecho de que la persona que hace la imputación tenga conocimiento (1) del carácter deshonroso de sus afirmaciones y, (2) que tales afirmaciones tengan la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto contra quien se dirigen.¹ Empero, con independencia de que exista o no animus injuriandi, en materia constitucional se puede producir una lesión.”

De la anterior jurisprudencia se desprende que el contenido normativo de los derechos en cuestión excede los restringidos límites que imponen la tipicidad en materia penal. Lo anterior es efecto del carácter sancionatorio de última instancia que se puede predicar de la normatividad penal. En efecto, el sistema penal constituye la restricción más fuerte sobre las personas, en la medida en que la comisión de un delito, o lo que es lo mismo, la afectación del bien protegido, apareja la privación de la libertad del agente. De ahí que no pueda extenderse, por resultar desproporcionado, a toda conducta que amenace o viole un derecho fundamental. La sanción penal se restringe a aquellas situaciones en las cuales la sociedad estima que la afectación del derecho constitucional es extrema.

De ahí que en la misma decisión se haya precisado que:

¹ Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 29 de 1983.

“La vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable”.

Ahora bien, en la sentencia aludida, esta corporación tomó en consideración un hecho de especial importancia para el presente caso: la supremacía social de la persona que hizo las expresiones que fueron causa de la solicitud de protección judicial. Este factor, señaló la Corte, implica una situación de desigualdad que torna en inidóneo el proceso penal como mecanismo de protección.

En el presente caso, la Corte se enfrenta a expresiones realizadas por un periodista en programas radiales y televisivos, especializados en asuntos deportivos. Resulta claro, conforme a reiterada jurisprudencia, que los ciudadanos se encuentran en una situación de indefensión frente a los medios de comunicación, en razón del poder social que éstos ejercen.¹²

5. La protección al derecho a la vida por vía de la sanción penal entraña dificultades constitucionales distintas. En la decisión reseñada, la Corte sostuvo, luego de analizar la insuficiencia de la acción penal para proteger los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, que “en todo caso, al margen de la procedencia eventual de la acción penal, la tutela no puede descartarse como medio apto para brindar protección a la persona que enfrenta amenazas contra su propia vida”.

De esta afirmación se desprendería que la tutela es el medio idóneo para lograr la protección del derecho a la vida, en tanto que se descarta la protección por vía penal. La sanción penal únicamente opera cuando se ha realizado la conducta sancionada por el ordenamiento jurídico. La Corte ha analizado las situaciones en las cuales el legislador ha previsto tipos penales

² Sentencia T-611 de 1992 —entre muchas—.

de peligro y ha señalado que únicamente son admisibles aquellas en las cuales existe una relación de proximidad entre el peligro y el bien jurídicamente tutelado: “Por el contrario, cuando el peligro es próximo porque la realización de la conducta está vinculada con la potenciación de un daño concreto, resulta justificada la represión de la misma, pues el derecho penal no sólo tiene por objeto sancionar los delitos, sino también prevenirlos”.³

...

Teniendo presente lo anterior, y la imposibilidad de limitar la protección del buen nombre y la honra a la sanción por la realización de injuria o calumnia, es necesario establecer el ámbito propio de protección de estos derechos y armonizarlos,⁴ con el derecho a la libertad de opinión. De igual manera, habrá de armonizar el derecho a la vida y la libertad de opinión. Por su especificidad, este punto se tratará al final de esta providencia.

*El artículo 93 de la carta, el bloque de constitucionalidad
y la armonización de la libertad de expresión
con otros derechos fundamentales*

6. El juez de instancia señaló que en el presente caso no se apreciaba el ejercicio de la libertad de informar, pues las declaraciones emitidas por Iván Mejía Álvarez eran apreciaciones sobre hechos objetivos, los cuales, en su concepto, eran de amplio conocimiento público.

La Corte apoya la posición del juez, pues en realidad el demandado se ha limitado a hacer público su análisis sobre el comportamiento del demandante y del equipo que dirige. No estaba informando sobre lo ocurrido, sino que emitió una opinión a partir de hechos conocidos, tanto por los espectadores de los juegos, los radioescuchas, los televidentes y quienes se informan mediante la prensa. Así, el ámbito de decisión se circunscribe, principalmente, a la libertad de opinión.

³ Sentencia C-430 de 1996.

⁴ Sentencia C-255 de 1997, T-622 de 1995 —entre varias—.

7. Así precisada la controversia constitucional, aparentemente el presente caso tendría una solución fácil, pues el artículo 20 de la carta no contempla restricciones a la libertad de opinión. Se limita a establecer condiciones relativas al ejercicio del derecho a la información. Por consiguiente, podría argumentarse que ese derecho es absoluto y no tiene límites. Sin embargo, esa conclusión es discutible, por cuanto la libertad de opinión puede colisionar con otros derechos fundamentales. La pregunta que surge es la siguiente: ¿a qué criterios puede recurrir el juez constitucional para analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de opinión para armonizarla con otros derechos, si la carta explícitamente no señala esos criterios?

8. Para responder a ese interrogante, la Corte constata que en esta materia, los pactos internacionales tienen un contenido normativo más rico, pues explicitan las bases que podrían legitimar una restricción a este derecho. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Interamericana, que regula la libertad de expresión, establece al respecto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos

para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Nótese pues que esta disposición establece las causales legítimas para restringir ese derecho, a saber (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. A su vez, la Corte Interamericana ha señalado que esas restricciones deben ser analizadas tomando también en cuenta los artículos 29 y 30 de esa Convención, que establecen el alcance de las restricciones a los derechos, y señalan pautas hermenéuticas para determinar el contenido de los derechos amparados por ese instrumento internacional.⁵ Dijo entonces esa corporación:

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,

⁵ Véase Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

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

9. La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que, como se explicará a continuación, hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

10. En varias oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre el bloque de constitucionalidad, a fin de integrar, dentro del control constitucional —sea abstracto o en la tutela—, disposiciones como los tratados de derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario.

Sobre este punto se puede apreciar una evolución, pues en un comienzo esta corporación hizo una interpretación restrictiva que limitaba el bloque a aquellos asuntos previstos en el inciso primero del artículo 93 de la Constitución y el derecho internacional humanitario, por su imposible suspensión conforme con el artículo 214 de la carta. Con el tiempo se ha incluido dentro del bloque, entre otros asuntos, los tratados de derechos humanos.⁷

...

11. La interpretación constitucional tiene que partir del texto constitucional pues de manera reiterada, esta Corte ha seña-

⁶ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

⁷ Así, en la sentencia C-1490 de 2000 se incluyeron dentro del bloque normas de la Comunidad Andina de Naciones, bajo el entendido de que regulaban ciertos derechos humanos.

lado que la integración de una norma en el bloque de constitucionalidad exige una remisión textual expresa.⁸ Entra pues la Corte a analizar si existe alguna remisión constitucional expresa que permita concluir que la regulación de la Convención Interamericana sobre Libertad de Expresión hace parte del bloque de constitucionalidad.

...

12. El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamen-

⁸ Véase entre otras, la sentencia C-578 de 1995, que en el fundamento 3 señaló que siempre que se “habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto superior”.

te en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.⁹ Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica,¹⁰ según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

13. Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: "...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste

⁹ Véase por ejemplo, el artículo 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 29 de la Convención Interamericana y el artículo 4o. del Protocolo de San Salvador.

¹⁰ Véase las sentencias y C-406 de 1996, fundamento 14 y C-251 de 1997, fundamento 14.

las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional), y (ii) acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. Así, la sentencia C-010 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, señaló al respecto:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Esta solución obliga a ciertas precisiones. Así, en relación con el primer caso —fusión— ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales. Respecto del segundo caso —acoger interpretación oficial—, esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto.

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas inter-

nacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.

...

Derechos al buen nombre, a la honra y la libertad de opinión. Ámbito de protección

14. La Corte ha señalado que el buen nombre hace referencia a “a buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón de la virtud y al mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él”.¹¹ Por su parte, la honra alude a la reputación de la persona en un sentido de valoración intrínseca de la persona:...

El ámbito protegido por el derecho al buen nombre y por la honra, empero, no impide que se hagan ciertas expresiones que afecten el amor propio de la persona:...

...

15. La libertad de opinión, que hace parte del derecho a la libertad de expresión,¹² garantiza a toda persona el derecho a comunicar sus ideas y pensamientos. Según la jurisprudencia de esta corporación, en principio tal derecho no encuentra límites:

Las dos libertades [de expresión y de información] reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades sal-

¹¹ Sentencia T-411 de 1995.

¹² Sentencia T-066 de 1998. En igual sentido C-010 de 2000.

ta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información.¹³

En este contexto, esta corporación ha señalado que cualquier restricción a la libertad de expresión ha de estar sometida a un control judicial vigoroso,¹⁴ de manera que la restricción no se torne en alguna forma de censura. Esta prohibición de la censura, cabe señalar, impide que se diseñen mecanismos de control previo, bien sea a la transmisión de información o de difusión de opiniones...

...

Así las cosas, el derecho a una información veraz e imparcial únicamente opera como restricción *a posteriori*. Frente a los medios de comunicación, con el exclusivo objeto de ejercer el derecho a la rectificación (C.P. artículo 20 y artículo 14 del Pacto de San José) y ante otras entidades, como el Estado o algunos particulares, con el objeto de que se suministre información real.¹⁵

16. Las restricciones admisibles parten de distinguir distintos aspectos del proceso comunicativo. De una parte está la distinción entre la forma del mensaje y su contenido. En este punto, la Corte ha señalado que tiene poco éxito, ante el control constitucional, una restricción sobre el contenido que no sea neutra y que no responda a los criterios fijados en los tratados internacionales, en particular el Pacto de San José.¹⁶ En cuanto a la forma, se encuentra la obligación del periodista de distinguir claramente entre opiniones e información,¹⁷ que la distancia entre la realidad y la opinión no sea de tal grado que se

¹³ *Idem*.

¹⁴ Sentencia C-010 de 2000.

¹⁵ Sobre el particular es ilustrativa la jurisprudencia relativa al *Habeas Data* y la información contenida en las centrales de riesgo del sistema financiero.

¹⁶ Sentencia C-010 de 2000.

¹⁷ Sentencia T-602 de 1995.

“comprometan el prestigio o la propia imagen de las personas que son objeto de tales opiniones”.¹⁸

De otra parte, puede ejercerse control constitucional sobre “calificaciones tendenciosas, que dentro de contextos de violencia o intolerancia, resulten susceptibles de producir una amenaza real y efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal de la persona afectada”.¹⁹ Así las cosas, puede concluirse que si bien existe *prima facie* una protección radical a la libertad de opinión, amenazas ciertas y efectivas contra la honra, el buen nombre y otros derechos fundamentales, autorizan su sanción, pues ningún derecho constitucional se reputa absoluto. Claro está, no se trata de molestias producto de la opinión de un tercero. Ha de tratarse de reales descalificaciones inadmisibles en una democracia constitucional.

...

En el contexto del periodismo, este aspecto funcional pone de presente la fuerte necesidad de armonizar derechos constitucionales, como los que ocupa esta decisión, y explica de la responsabilidad social que la carta le endilga a dicha actividad. De ésta se deriva, en el contexto de la libertad de opinión, que la persona señalada por el medio de comunicación ha de tener la oportunidad de confrontar, de manera razonable y sin que ello pueda implicar un derecho a acceder al micrófono cuando lo considere pertinente, las opiniones en su contra. Se trata de garantizar un equilibrio entre las opiniones, pues únicamente de esta manera se realiza la función constitucional de los medios de comunicación en materia de opinión: coadyuvar a la conformación de la opinión pública.

En este sentido, debe advertirse que la función estructural que cumple la libertad de expresión, y en particular la libertad de prensa, de crear condiciones para una real democracia deliberativa, dentro de la cual sea posible el ejercicio de control del poder,²⁰ impone al medio de comunicación que establezca escenarios dentro de los cuales la opinión pueda ser confrontada

¹⁸ Sentencia T-263 de 1998.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Sentencia C-010 de 2000.

por las contrapartes. El espacio deliberativo se ha de trasladar, de alguna manera, al ámbito periodístico. A fin de que el foro sea realmente público²¹ y democrático, en el cual se genera una opinión libre, no pueden faltar elementos propios del debate. La ausencia de contradictores torna a la audiencia en cautiva y con reducidas opciones para formarse su propia opinión sobre el tema debatido en el foro. Se trata, pues, de lograr un equilibrio informativo.

...

Con todo, se trata de un asunto que ha de regular el legislador y que difícilmente, salvo que sea manifiesta la unilateralidad y, por consiguiente, la ausencia de espacio deliberativo, pueda ser definido por el juez constitucional.

...

17. El reconocimiento de la existencia de un derecho de réplica,²² como se anotó anteriormente, no implica que frente al discurso periodístico, aún tratándose de opiniones, el ciudadano esté indefenso. Ya se indicó que una de las restricciones admisibles, son aquellas derivadas de la desproporción entre el hecho y el análisis que realiza el medio de comunicación, que tenga como efecto un desmedro excesivo en la imagen del afectado.

Este mismo planteamiento puede predicarse de las opiniones que emiten los periodistas sobre los hechos de los cuales son protagonistas algunos ciudadanos. Si bien al Estado le está vedado inmiscuirse en el contenido de las opiniones, es decir, no las puede descalificar, en la situación extrema más gravosa, esto es, cuando se tornan injuria y calumnia es posible la sanción al comunicador. Con todo, existen situaciones que si bien son extremas, no se acomodan al caso más gravoso de la comisión de un delito —que apareja la sanción máxima— en las cuales resulta imperiosa la protección estatal de los derechos de los ciudadanos. De no aceptarse esta tesis, se llegaría al absurdo de que, salvo que se cometa un delito, el ciudadano está inerme frente a la violación de sus derechos constitucionales y

²¹ Sentencias T-403 de 1992, T-421 de 1992, T-210 de 1994, T-404 de 1994, T-662 de 1999.

²² Sentencia T-274 de 1993.

bastaría con evitar cometer el delito, para poder menoscabar, de forma grave, la imagen, reputación, buen nombre y honra de una persona.

...Tal como se indicó antes, la función que la libertad de opinión se predica de los medios de comunicación es la de generar opinión pública. De ahí que si quien emite la opinión utiliza al medio de comunicación como instrumento para atacar a una persona concreta, se desconoce la función constitucionalmente protegida. Ello constituye un ejercicio abusivo de un derecho constitucional. En estos casos, se ha de proceder con suma prudencia, de suerte que únicamente si resulta evidente la transformación del medio en instrumento de persecución puede operar el control. Empero, una vez advertido este fenómeno, el control se torna estricto pues *prima facie* prevalecerá la protección de otros derechos sobre la libertad de opinión.

...

19. El hecho de que el “afectado” sea un personaje público no supone la inoperancia de estos criterios. Simplemente, en tanto que el ámbito de protección de su intimidad, honra y buen nombre se reduce,²³ se tornan más estrictos los juicios tendientes a demostrar que no existe un balance en la opinión o que se presenta un ánimo persecutorio. Así, será, en buena medida, el comportamiento del personaje el que responda a las opiniones y deberá ser manifiesta, en tanto que las opiniones no son razonables, la persecución.

*Libertad de opinión y la amenaza a la vida,
a la integridad física y a la seguridad personal*

Como se ha expuesto, en principio no es posible limitar la libertad de opinión. Empero, de ello no se desprende que las incitaciones a la violencia estén legitimadas por el sistema jurídico. El numeral 5 del artículo 13 del Pacto de San José dispone que

²³ Sentencia SU-1723 de 2000.

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que *constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona* o grupo de personas, *por ningún motivo*, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (cursivas fuera del texto).

De ello se desprende que ha de estar sancionada la conducta consistente en emitir una opinión dirigida exclusivamente a incitar a la violencia contra ciertas personas. No se restringe la opinión negativa contra algunas personas, sino el hecho de que se utilice la opinión como arma para generar una conducta violenta en contra de la víctima. Es decir, se trata de situaciones en las cuales se hace un uso de la libertad de opinión incompatible con la democracia, la cual procura la solución dialogal de los conflictos sociales.²⁴

Tratándose de una restricción a la libertad de opinión, se exige que se encuentre debida y suficientemente probado el uso indebido de la opinión (lo cual, de suyo, implica un control posterior). Así, la Corte entiende que no es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje —que deberá estar previsto en la ley—, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron violentamente y, finalmente, que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno. Tratándose de situaciones de amenaza, es decir, que se asume la posibilidad de una reacción violenta, la carga probatoria ha de ser aún más rigurosa, pues salvo que se compruebe que inequívocamente se va a producir el efecto indicado, la restricción resultaría inadmisibles al comprometer la libertad de opinión. Así las cosas, de no demostrarse la causalidad, la existencia de un mensaje incitador y la verificación de una acción violenta en contra de ciertas personas, no puede conducir a una restricción o sanción del ejercicio de la libertad de opinión.

...

²⁴ Sentencia C-328 de 2000.

*Caso concreto. Opiniones de Iván Mejía Álvarez
y los derechos a la honra y buen nombre del demandante*

21. El fútbol es, sin lugar a dudas, un asunto que representa un enorme interés para la sociedad. La movilización de aficionados, tanto para presenciar los partidos de fútbol en los estadios, para escucharlos por radio o para ver las transmisiones televisadas, es una clara muestra del interés colectivo involucrado. Asimismo, convierte a los participantes del espectáculo en figuras públicas. Puede sostenerse que se trata de un asunto de interés público.

Parte esencial del fenómeno del fútbol es la participación de los medios de comunicación, tanto para la transmisión de información (los partidos de fútbol y las noticias relacionadas con los jugadores, los técnicos y la suerte de los equipos), como para evaluar el funcionamiento de los equipos, los jugadores y técnicos.

La evaluación del comportamiento del jugador, el técnico y, en general del equipo, supone que los periodistas deportivos (aunque no exclusivamente) han de emitir constantes opiniones a partir de la información existente, es decir, sobre las decisiones que el técnico toma sobre la disposición estratégica y táctica del equipo, la manera como el conjunto de jugadores responde a dicha disposición, el resultado final del cotejo, las aptitudes físicas y técnicas de los jugadores, los resultados globales de la gestión, etcétera. Por otra parte, al tratarse el fútbol de una actividad permanente (existe un calendario nacional, así como calendarios suramericanos y mundiales), es natural que la evaluación del periodista se realice con regularidad.

...

23. Tal como se indicó arriba, las restricciones a la libertad de opinión son excepcionales en un Estado social de derecho. Ellas son posibles para asegurar el equilibrio de puntos de vista —necesario para generar opinión pública—; para garantizar el uso de la libertad de opinión periodística como mecanismo para generar debate —excluyéndose las persecuciones— y para evitar el insulto o las incitaciones directas a la violencia.

...

24. El demandante da a entender que existe una persecución en contra de su persona. Algunos integrantes del equipo al cual pertenece el demandante —directivos y jugadores—, hacen igual señalamiento. Como se indicó antes, si la libertad de opinión que ejerce un periodista es utilizada con un propósito personal, como puede ser perseguir a una persona, es posible imponer restricciones en la medida en que sean necesarias para hacer compatible el ejercicio de dicha libertad con la generación de una opinión pública. En el caso de marras, la impresión de la existencia de una persecución sería el resultado de dos fenómenos: las opiniones negativas del demandado frente al demandante y su carácter reiterado.

En concepto de esta corporación, tales elementos no son suficientes para predicar la existencia de una persecución. Como se ha indicado, el fútbol es una actividad permanente, que exige análisis continuos sobre diversos aspectos. Así, si la “campana” de un equipo de fútbol merece el reproche de ciertos sectores, algunos analistas consideran que el director técnico incurre en permanentes desaciertos o existe la opinión de que algunos jugadores de determinado equipo no cuentan con ciertas aptitudes, no es extraño que de manera reiterada se hagan públicas declaraciones negativas frente a estos personajes. La persecución implica que el periodista únicamente procura afectar la imagen de la víctima, sin considerar en modo alguno las circunstancias que rodean sus conductas, el paso del tiempo, etcétera. Es decir, se trata de un constante señalamiento a cierta persona, por el mero hecho de ser quien es. Esto no se advierte en el presente caso, pues claramente las descalificaciones del demandante hacia el demandado son producto de una conducta que se repite en el tiempo y que el señor Mejía estima negativa.

25. En este orden de ideas, no puede sostenerse que exista un atentado contra el buen nombre del demandante, pues dicha calificación es producto de la manera como la sociedad —de la cual hace parte el demandado—, aprecia su ejercicio profesional como director técnico del equipo que dirigía. Tampoco se aprecia violación de la honra del demandante, pues las imputa-

ciones —ineptitud, incompetencia, etcétera— no aluden a la personalidad del demandante, sino al ejercicio de su profesión de director técnico. Es decir, no implican una *minusvalía* de Jaime Rodríguez como persona anónima, sino del personaje público Jaime Rodríguez director técnico del equipo de fútbol.

Libertad de expresión y amenaza al derecho a la vida

27. La protección especial que la Constitución brinda a la libertad de expresión —sea bajo la libertad de información o de opinión—, implica que cualquier restricción a ella tiene que tener por propósito alcanzar fines compatibles con la democracia. En este orden de ideas, la amenaza a la vida de una persona, como consecuencia de las declaraciones de otra, puede ser restringida.²⁵

Sin entrar a analizar si las restricciones pueden o no operar antes de emitirse la información o la opinión,²⁶ debe advertirse que, en el contexto que se está estudiando —amenaza a la vida como consecuencia de la emisión de opiniones—, es indispensable que exista prueba suficiente que demuestre que el comportamiento o la amenaza a la vida de una persona es producto de la opinión de otra: prueba de la intención de incitar a la violencia mediante la opinión, prueba de la reacción o posibilidad fehaciente de la reacción y un evidente y claro nexo de causalidad. De no aceptarse esta exigencia en sentido fuerte, el ejercicio de la libertad de expresión se sometería a una restricción desproporcionada, máxime en un contexto de violencia como el de nuestra sociedad; de manera que bastaría que una persona fuese amenazada para que se impusieran restricciones a los medios de comunicación, por ejemplo.

Las supuestas amenazas contra la vida del demandante, en lo que está probado, se limitaban a agresiones verbales por parte de los hinchas. No se ha demostrado que el demandado

²⁵ Sentencia T-236 de 1998.

²⁶ Sobre el particular C-010 de 2000.

tuviese por intención incitar a la violencia. Tampoco, que las agresiones verbales de los hinchas respondieran a incitación alguna por parte del demandado. Por el contrario, la información suministrada por la policía nacional sugiere que el problema de la violencia entre barras o de las barras hacia partícipes del espectáculo, responde a diversos problemas sociales y psicológicos. Es posible que los medios de comunicación tengan alguna incidencia en dichos comportamientos. Sin embargo, esta corporación no cuenta con elementos de juicio suficientes para endilgar una responsabilidad a los medios de comunicación o a algún comunicador en particular por tales comportamientos.

Así las cosas, la ausencia de pruebas que de manera inequívoca lleven a la conclusión de que Iván Mejía Álvarez incita o incitó a la afición en contra del demandante, hasta el grado de poner en peligro su vida, no puede sostenerse que sus derechos han sido puestos en peligro por el demandado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve:

Primero. Confirmar la providencia del Juzgado 41 penal del Circuito de Bogotá del 24 de julio de 2000.

...

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OBLIGATORIA A LA LUZ DE LAS FUENTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO NORMAS INTEGRANTES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Sinopsis: En esta sentencia, la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana determinó la inconstitucionalidad de la prisión preventiva obligatoria automática y resolvió que, aunque las leyes internas así lo establezcan, los jueces siempre deben analizar cuándo procede la negación o autorización de la libertad provisional bajo fianza. En su decisión el tribunal analizó la demanda a la luz del bloque de constitucionalidad, entre cuyas normas se encuentran los tratados internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, la Suprema Corte se refirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Synopsis: In the present judgment, the Chamber on Criminal Matters of the Supreme Court of Justice of the Dominican Republic established the unconstitutionality of the automatic pre-trial detention and ruled that, although the domestic legislation so established, the judges must always analyze whether to grant or deny release on bail. In its decision the Tribunal analyzed the petition in the light of the constitutional block, among its norms, the international treaties, advisory opinions and decisions of the Inter-American Court of Human Rights. In particular, the Supreme Court made a reference to the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.

CÁMARA PENAL DE LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA

RECURSO DE APELACIÓN
ANTHONY GIL ZORRILLA
SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2004

En nombre de la República, la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los jueces Hugo Álvarez Valencia, presidente; Julio Ibarra Ríos, Edgar Hernández Mejía, Dulce Ma. Rodríguez de Goris y Víctor José Castellanos Estrella, asistidos de la secretaria general, en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 4 de agosto de 2004, años 161o. de la Independencia y 141o. de la Restauración, dicta en audiencia pública, la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de apelación interpuesto por Anthony Gil Zorrilla, dominicano, mayor de edad, casado, abogado, portador de la Cédula de Identidad y Electoral no. 029-0001483-4, domiciliado y residente en la Calle Luperón no. 9, Miches, R. D., juez de paz del municipio de Miches, provincia del Seibo, actualmente suspendido en funciones, contra la decisión sobre libertad provisional bajo fianza no. 10-FCC-2004, del 28 de enero del año 2004, dictada por la Cámara de Calificación del Distrito Nacional;

Resulta, que con motivo de una solicitud de libertad provisional bajo fianza elevada por Anthony Gil Zorrilla por ante la Cámara de Calificación del Distrito Nacional, el 28 de enero de 2004, ésta dictó la resolución no. 10-FCC-2004 cuyo dispositivo es el siguiente: “*Primero*. Rechaza excepción de inconstitucio-

nalidad propuesta por el impetrante; ya que el procesado Anthony Gil Zorrilla fue privado de su libertad por orden motivada de autoridad competente, como lo es el juez del Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, por las causas y condiciones fijadas de antemano, por la Constitución de la República y las leyes dictadas conforme a ella, tal como lo establecen los artículos 7o. numeral 2 y 7o. numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 8o. inciso 2 literal b), de la Constitución de la República Dominicana; *Segundo*. Rechaza, la solicitud de libertad provisional bajo fianza realizada por el impetrante Anthony Gil Zorrilla, en razón de que los artículos 87 y 88 de la Ley No. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana prohíben el otorgamiento de la libertad provisional bajo fianza a los procesados, por violación a dicho texto legal; *Tercero*. Ordenar que la presente decisión sea anexada al expediente correspondiente al nombrado Anthony Gil Zorrilla”;

Resulta, que la misma decisión fue recurrida en apelación por ante la Suprema Corte de Justicia, fijando para el día 9 de junio del 2004 la vista pública para conocer del presente recurso, en la cual el Ministerio Público dictaminó: “Tenemos un pedimento en *limine litis*, que es la medida siguiente: Primero: En vista de los artículos 113 y 117 de la Ley No. 341 sobre Libertad Provisional Bajo Fianza, declarar inadmisibles el presente recurso de apelación, y de manera subsidiaria y en segundo lugar: En caso de que no sea acogida nuestras primeras conclusiones, rechazar el presente recurso de apelación, en razón de que el impetrante está formalmente acusado por violación a la Ley No. 36, asunto que no lo beneficia para otorgarle la libertad provisional bajo fianza”; mientras que el abogado del procesado concluyó: “Primero. El dictamen del Ministerio Público es improcedente, mal fundado y carente de base legal, agregando sus conclusiones principales, cuyo texto se copia a continuación: Primero. Se ratifican las conclusiones vertidas en el escrito introductorio del recurso, que rezan como sigue: Primero. Que los honorables magistrados que integran la Suprema Corte de Justicia tengan a bien declarar regular y válido, en cuanto a la forma, el recurso

de apelación de fecha 3 de febrero, del año dos mil cuatro (2004), interpuesto por el Dr. Manuel Antonio García, actuando a nombre y representación del apelante Anthony Gil Zorrilla, en contra de la resolución no. 10-FCC-2004, de fecha 2 de febrero del año dos mil cuatro (2004), dictada por la Cámara de Calificación del Distrito Nacional, por haber sido incoada conforme a como lo establece el debido proceso; segundo. En cuanto al fondo, que la Suprema Corte de Justicia, actuando en nombre de la República, por autoridad de la ley, revoque en toda sus partes, la resolución no. 10-FCC-2004, emitida por la Cámara de Calificación del Distrito Nacional, por improcedente, mal fundada y carente de base legal; tercero. Declare nulo y sin ningún efecto jurídico y por tanto no aplicable para el presente caso, los artículos 87 y 88 de la Ley 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana, y el artículo 49, párrafo único, de la Ley 36 sobre Porte y Tenencia de Armas en la República Dominicana, por agravio a la Constitución de la República en sus artículos 3o., 4o., 8o. (ordinales 4 y 5, 9 y 10); a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en sus artículos 7o. (ordinal 5) y 8o. (ordinales 1 y 2 y al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14 (ordinal 2); y por ser dichos textos de leyes adjetivas contrarios a los principios de presunción de inocencia, juicio previo, proporcionalidad, racionalidad y utilidad de la ley, que sirven de fundamento irrenunciable al derecho procesal dominicano y al debido proceso de ley; y además, por devenir la prisión preventiva, no sujeta a posibilidad de poder obtenerse la libertad mediante algún recurso efectivo, en una pena anticipada, que viola el principio de la presunción de inocencia y el estatuto de libertad de que goza todo imputado, convirtiéndose así en una medida arbitraria e irrazonable para las personas sometidas por algunos delitos o crímenes, lo que en definitiva puede traducirse en motivos de control social o pesquisas antojadizas que atan el poder jurisdiccional que tienen los jueces, únicos con capacidad para decidir sobre la libertad de las personas, y que puedan acarrear atropellos a los más elementales derechos fundamentales de todos los ciudadanos;...

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Considerando, que la libertad provisional bajo fianza tiene por finalidad consolidar el estado de derecho y establecer las garantías elementales de libertad ciudadana, siempre y cuando pueda ésta verdaderamente ser armonizada con un régimen de efectiva protección a la sociedad;

Considerando, que por resolución no. 1920-2003, del 13 de noviembre del 2003, la Suprema Corte de Justicia dispuso que: “En los casos... de solicitud de libertad provisional bajo fianza, es necesario que el juez celebre vistas, en las cuales las partes puedan presentar alegatos, manteniendo incólumes los principios y garantías de ser oído, de publicidad y de contradicción, aún en los casos de decisiones provisionales...”;

Considerando, que toda persona, inculpada de un delito o de un crimen, puede solicitar su libertad provisional bajo fianza, conforme lo disponen los artículos 113 y siguientes de la Ley No. 341-98, siendo facultativo en este último caso, su otorgamiento o denegación;

Considerando, que el artículo 115 de la misma ley establece como condición indispensable para cursar esa solicitud, que la misma sea notificada a la parte civil, si la hubiere, y al ministerio público, de manera que éstos puedan hacer sus reparos a dicha solicitud;

Considerando, que el impetrante plantea, en síntesis, como se ha dicho, en el ordinal tercero de sus conclusiones, lo cual se examina en primer término por su carácter prioritario, lo siguiente: “...que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 87 y 88 de la Ley 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas en la República Dominicana, así como, el artículo 49, párrafo único, de la Ley No. 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas, modificado por la Ley 589, del 2 de julio de 1970, no sólo por ser contrarios a la Constitución, sino también a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”;

Considerando, que la Suprema Corte de Justicia, mediante la referida resolución 1920-2003, ha planteado que la República Dominicana tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes

normativas esenciales: a) la nacional, formada por la *Constitución* y por la jurisprudencia constitucional local, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva;

Considerando, que, además, es admitido como principio vinculante que los jueces del orden judicial están obligados a aplicar las disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad como fuente primaria y superior de sus decisiones, realizando, la determinación de la validez constitucional de los actos y de las reglas sometidas a su consideración y decisión, a fin de asegurar la supremacía de los principios sustantivos y, por ende, las normas que conforman el debido proceso de ley;...

Considerando, que en ese orden, la Ley No. 341-98, del 14 de agosto de 1998, sobre Libertad Provisional Bajo Fianza, señala que ésta se puede solicitar en todo estado de causa; que, sin embargo, la Ley No 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas, en su artículo 49, párrafo único, modificado por la Ley 589, del 8 de julio de 1970, dispone: “que los prevenidos o acusados de haber violado esta Ley no les será concedida la libertad provisional bajo fianza...”; que de igual manera, la Ley No 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana, también disponen en los artículos 87 y 88 respectivamente: “Para los fines de esta Ley, no tendrán aplicación, las leyes que establecen la libertad provisional bajo fianza...” y “en los casos en que las sanciones por la violación a las disposiciones de esta Ley, lleven prisión, o multa, o ambas penas a la vez, la prisión preventiva será siempre obligatoria”;

Considerando, que como se observa, las dos primeras normativas adjetivas citadas precedentemente, prohíben de manera absoluta la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo fianza a aquellas personas indiciadas o imputadas de haber cometido cualquiera de las infracciones previstas en dichas leyes,

y de manera específica el artículo 88 de la Ley sobre Drogas y Sustancias Controladas, hace en todos los casos de la prisión preventiva una norma imperativa;

Considerando, que la supresión de libertad ordenada en el artículo 88 de la Ley 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas, en forma preventiva, cautelar, contra una persona contra quien existen indicios o pruebas de haber cometido esa infracción, supone la posibilidad de que aquella se haya comportado con peligrosidad y de manera antisocial y por ende pueda intentar evadirse para evitar ser sometida a juicio, y supone que éste podría resultar condenada y tenga que sufrir los rigores de una prisión o que, de alguna manera, por sus acciones u omisiones, obstaculice el curso de las investigaciones para averiguar la verdad de lo acontecido, sea haciendo desaparecer los indicios o pruebas, sea ocultándolas o desnaturalizándolas, o que por alguna razón, las personas agraviadas que han sufrido una conculcación en sus derechos, puedan accionar en su contra, por venganza o represalia; que por consiguiente, en la medida en que la privación de la libertad no se desnaturalice en sus verdaderos fines, como se analizará más adelante, en nada contradice las normas constitucionales;

Considerando, que, a pesar de todo ello, la privación de libertad preventiva, de manera indefinida, es decir, sin tener un tiempo razonable para su vigencia, no puede nunca constituirse en una sanción en sí misma y mucho menos, caracterizar una sanción o pena anticipada, en razón de que la única finalidad o función de esta medida es asegurar el normal desenvolvimiento de todo enjuiciamiento en los tribunales, del debido proceso de ley y de una correcta ejecución de la sanción, si la hubiere, o de una puesta en libertad, en tiempo razonable, si esa es la solución que adoptare el juzgador;

Considerando, que el párrafo del artículo 49 de la Ley No. 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas y el artículo 87 de la Ley 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas, en lo que concierne a la absoluta imposibilidad de conceder la libertad provisional bajo fianza, contravienen el principio de la presunción de inocencia de todo imputado establecido en la Consti-

tución, el cual consagra la libertad como un derecho inherente y fundamental a todo ser humano; permitiéndose el estado privativo de la libertad como medida cautelar, temporal y dentro de un plazo razonable, excepcionalmente admitida, no como una sanción anticipada capaz de lesionar dicho principio de inocencia, sino, como se ha dicho, cuando concurran razones suficientes para acordar la prisión preventiva, atendiendo a la peligrosidad del imputado por su apreciable condición de individuo que ha incurrido en conducta antisocial o perturbadora de los valores e intereses de la comunidad;

Considerando, que es un deber ineludible a todo juzgador del orden judicial, en los casos de naturaleza criminal, determinar cuando procede la negación o autorización de la libertad provisional bajo fianza, para lo cual deberá necesariamente siempre tomar en cuenta la conveniencia y protección de la sociedad, de las víctimas del hecho de que se trate y del propio encausado, puesto que, aunque el estado natural de las personas es la libertad, no es menos cierto que circunstancias y hechos que prioritariamente convengan al bien social, pueden justificar el mantener a los seres humanos en estado de prisión antes de una condenación final y definitiva; que la negación de una libertad provisional bajo fianza debe estar cuidadosamente fundamentada en los hechos, condiciones y peligrosidad de las personas de los imputados y en los supremos intereses de la sociedad, y no mecánicamente en el tipo de imputación, porque aceptarlo así equivale a presumir *a priori* la culpabilidad del imputado;

Considerando, que por todo lo antes expuesto, procede declarar que ha lugar a declarar no conforme con la Constitución las disposiciones de los artículos 87 de la Ley No. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas, sólo en lo referente a la libertad provisional bajo fianza, así como el párrafo único del artículo 49 de la Ley No. 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas, que, como se ha dicho, prohíben absolutamente y en todos los casos, la libertad provisional bajo fianza en las infracciones previstas en ellas y, ha lugar a declarar el artículo 88 de la Ley 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas, conforme

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

a las normas constitucionales, con las limitaciones antes apun-
tadas;

Considerando, que el hecho de establecer jurisprudencial-
mente que no está conforme con la Constitución la disposición
que imposibilita el otorgamiento de libertad bajo fianza, te-
niendo solamente en cuenta la acusación, no significa, en modo
alguno que el juez apoderado del asunto deba irreflexivamente
disponer la libertad de un imputado contra quien sea obvio su
peligrosidad, toda vez que actuar de ese modo sería lesivo a los
más altos intereses de la sociedad, a la cual el Poder Judicial
está en el deber de siempre proteger;

Considerando, que, por otra parte, el impetrante Anthony
Gil Zorrilla está siendo procesado, acusado de violar los artícu-
los 5o. literal a), 58 literal a), 58 y 59 párrafo I, 60 y 75 párra-
fos II y III, 85 literales a), b), c) y h) de la Ley No. 50-88 sobre
Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana,
modificada por la Ley No. 17-95 y artículos 2o. y 39 párrafo II
de la Ley No. 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas de
la República Dominicana; que con relación a este hecho, el
Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, dictó su
providencia calificativa no. 131-03, de fecha 17 de julio del año
2003, mediante la cual califica el expediente como criminal;
que esta providencia calificativa fue apelada y la Cámara de
Calificación del Distrito Nacional dictó sobre el asunto su deci-
sión el dos (2) de febrero del año dos mil cuatro (2004); que el
inculcado solicitó a dicha Cámara de Calificación una libertad
provisional bajo fianza, la cual le fue denegada en fecha 28 de
enero del 2004, cuyo dispositivo ha sido copiado anteriormente;

Considerando, que por éste hecho el procesado Anthony Gil
Zorrilla se encuentra en estado de prisión preventiva en la Cárcel
Pública de Najayo;

Considerando, que, en relación a la presente solicitud de li-
bertad provisional bajo fianza se ha establecido, luego de un se-
reno análisis de todas las circunstancias del caso, que no resul-
ta procedente otorgarla;

Por tales motivos y vistos los artículos 8o. numeral 2 letra J)
y numeral 5; 10, 46 y 100 de la Constitución; Ley No. 341, del

14 de agosto de 1998, sobre Libertad Provisional Bajo Fianza; 87 y 88 de la Ley No. 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas; 49, párrafo, de la ley No. 36, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas; Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Cívicos y Políticos;

Falla

Primero: Declara regular y válido, en cuanto a la forma, el recurso de apelación interpuesto por Anthony Gil Zorrilla contra la resolución en materia de libertad provisional bajo fianza, dictada por la Cámara de Calificación del Distrito Nacional el 23 de enero de 2004, por haber sido hecha de acuerdo a la ley sobre la materia; segundo: declara no conforme con la Constitución las disposiciones de los artículos 87 de la Ley No. 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas, sólo en lo relativo a la libertad provisional bajo fianza, así como el párrafo único, del artículo 49, de la Ley No. 36, modificado por la Ley No. 589, del 2 de julio de 1970, sobre Comercio, Porte y Tenencia de Armas; tercero: declara conforme con la Constitución el artículo 88 de la Ley 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas; Cuarto: Confirma la sentencia apelada en el sentido de denegar la libertad provisional bajo fianza al impetrante Anthony Gil Zorrilla; Quinto: Ordena que la presente sentencia sea anexada al expediente correspondiente y notificada al magistrado procurador general de la República y demás partes, para los fines de lugar.

...

LAS FUENTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO REFERENTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Sinopsis: Al resolver sobre la constitucionalidad de la Ley Sectorial de Áreas Protegidas de la República Dominicana, la Suprema Corte de Justicia de ese país determinó que los tratados internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, tienen supremacía sobre las leyes internas. Asimismo, el Tribunal estableció que la inconstitucionalidad de las leyes internas no se genera por su sola contravención a tales fuentes internacionales de derecho sino que también deben vulnerar la Constitución, excepto cuando se trata de derechos humanos del bloque de constitucionalidad.

Synopsis: When ruling on the constitutionality of the Protected Areas Act of the Dominican Republic, the Supreme Court of Justice of the country determined that the international treaties, the advisory opinions and decisions of the Inter-American Court of Human Rights, which are part of the constitutional block, are supreme over the domestic law. Likewise, the Tribunal established that the unconstitutionality of the domestic law is not derived from the very encroachment on the dispositions of the international sources of law but also on the Constitution, except when dealing with human rights of the constitutional block.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE REPÚBLICA DOMINICANA

ACCIÓN DIRECTA EN DECLARATORIA
DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA DEL 9 DE FEBRERO DE 2005

Sobre la acción directa en declaratoria de inconstitucionalidad intentada por Juventud Nacional Comprometida, Inc. (JUNCO), representada por Carlo Santos S., cédula de identidad y electoral no. 001-0104463-4; Frente Nacional de Abogados Independientes, Inc., representado por César Alcántara, cédula de identidad y electoral no. 001-0327907-1; Fundemar, Inc., representada por Oswaldo E. Vásquez, cédula de identidad y electoral no. 001-13333872-4; Ricardo Briones Fotografía, representada por Ricardo Brione, cédula de identidad y electoral no. 001-007-1198-5; fundación Moscoso Puello, representada por Carlos M. García, cédula de identidad y electoral no. 001-0371175-0; Consorcio Ambiental Dominicano Inc., representada por Rosa Lamelas, cédula de identidad y electoral no. 001-00117345-6; UNEV, representada por Salustiano Mojica, cédula de identidad y electoral no. 001-0020948; Grupo Ecologista Tinglar Inc., representada por Rafael A. Lorenzo de Veras, cédula de identidad y electoral no. 001-0543102-7; Cebse, Inc., representada por Patricia Lamelas, cédula de identidad y electoral no. 001-0016883-0; Llerena y Asociados, representada por Roberto Llerena, pasaporte no. 142804; Grupo Jaragua Inc., representada por Ivonne Arias, cédula de identidad y electoral no. 001-0089458-3; Asociación de Hoteles Romana Bayahibe, representada por Lissette Gil, cédula de identidad y electoral no. 001-1015274-1; Fundemar, repre-

sentada por Myrna de Peña Tactuk, cédula de identidad y electoral no. 001-0063427-8; Asociación Nacional de Hoteles y Restaurantes, representada por María Eugenia Dávalos, cédula de identidad y electoral no. 001-12716378-1; debidamente representados por los dres. Juan De Dios Deschamps, Mariano Rodríguez, Luis Rafael Vilchez Marranzini, Manuel Bergés hijo, Ángel A. Castillo T., David La Hoz, Lino Vásquez Samuel, Ramón Andrés Díaz Ovalle, Agustín Severino, Juan Bautista Frías Agramante, y por los Licdos. Leila Roldán, Juan Miguel Castillo Pantaleón, Julio César Castaños Guzmán, Cesar Alcántara, Luis Andrés Aybar Duvergé, Dulce María Feliz Mariñez, Ana María Rodríguez Castro, Aimée Prieto C. y Ruth Vásquez, contra la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-4, del 30 de julio de 2004;

...

Considerando, que en la especie, la presente instancia ha sido intentada a solicitud de parte interesada y se refiere a la acción directa en declaratoria de inconstitucionalidad introducida por los impetrantes, contra la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, cuyo objeto consiste en integrar la conservación, el uso sostenible y el manejo de las áreas protegidas en el desarrollo de políticas socioculturales, económicas y ambientales, y el pleno disfrute y los servicios que brinden a la sociedad;

Considerando, que los impetrantes alegan, como fundamento de su solicitud, en síntesis, lo siguiente: 1) que la ley evidencia una gran deficiencia técnica en la conceptualización de lo que es un sistema nacional de áreas protegidas de un país, comprometiendo el principio constitucional de utilidad y justicia de la ley, así como la obligación constitucional atribuida al Congreso de proveer la conservación y fructificación de los bienes nacionales; 2) que pone en evidencia, además, que el país no es capaz de mantener sus compromisos internacionales de conservación, violentando así numerosas convenciones internacionales que, por aplicación de los principios constitucionales vigentes, forman parte del derecho interno de la República Dominicana; 3) que las disposiciones de la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, violan el artículo 3o. de la

Constitución de la República, en su segundo párrafo, así como la parte capital del artículo 41 de la misma Constitución en lo referente a los plazos de remisión de observaciones por parte del Poder Ejecutivo y su conocimiento por el Congreso, los artículos 39 y 40, y los artículos 8o., literal 5 y 37, numeral 4, de la misma Constitución de la República;

Considerando, que en cuanto a la violación al artículo 3o. de la Constitución de la República, párrafo segundo, cuyo texto expresa: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas”; se impone determinar, en primer lugar, el alcance de la norma constitucional invocada, relacionada con las convenciones, pactos y/o declaraciones, suscritos por la República Dominicana vinculadas con la protección del medio ambiente, citándose de manera específica: la Convención de Washington sobre Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América del año 1940, adoptada mediante resolución no. 654 del 5 de enero de 1942; la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, París, adoptada mediante resolución no. 223 del 13 de octubre de 1984; el Convenio Sobre Diversidad Biológica de 1992, firmado en la Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992, ratificado mediante resolución no. 25-96 del 2 de octubre de 1996;

Considerando, que los impetrantes reivindican la positivación de los derechos emanados de las convenciones internacionales citadas por efecto de la aplicación del artículo 3o., párrafo segundo, de la Constitución, precedentemente transcrito, a los fines de que la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, sea declarada inconstitucional, bajo el predicamento de que al tenor de los artículos 10 y 11 de la Convención sobre Tratados suscrita en la Sexta Conferencia Internacional Americana de la Habana de 1928, ratificada por resolución no. 262 del 23 de enero de 1932; y 53 de la Convención

de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, según la cual “ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo pacíficamente obtenido de los otros contratantes”; así como que “cuando una norma ha sido aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”, respectivamente;

Considerando, que conviene precisar, antes del análisis de la incidencia de las convenciones mencionadas sobre la ley cuestionada, cuya superioridad se aduce frente al derecho interno por ser aquellas normas del derecho internacional, que el derecho interno, por oposición al primero, es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización interna del Estado, lo que obvia y necesariamente incluye la Constitución del Estado de que se trate, por lo que resulta impropio afirmar que la Convención prevalece sobre todo el derecho interno de la nación dominicana, en razón de que ninguna norma nacional o internacional puede predominar por encima de la Constitución, que es parte, la principal, de nuestro derecho interno, lo que es hoy reconocido por nuestro derecho positivo al consagrar el artículo 1o. de la Ley No. 76-02 (Código Procesal Penal), al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que éstos “prevalecen siempre sobre la ley”, de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado en denominar bloque de constitucionalidad, que reconoce igual rango a las normas que lo componen, no menos cierto es que frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, ésta debe prevalecer, de lo que se sigue que para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional,

no es suficiente que ella contradiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte el Estado dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución misma, salvo el caso que se trate de una disposición sobre derechos humanos comprendida dentro del bloque de constitucionalidad, en razón, primero, del principio de soberanía de la nación dominicana consagrado en el artículo 3o. de nuestra ley fundamental y, segundo, de que no existe en derecho internacional regla general alguna según la cual, excepto que ello se consigne expresamente, una norma internacional habría de derogar automáticamente una norma interna, anterior o posterior, que le sea contraria, y menos si esa norma es parte de la Constitución del Estado; que de esto ocurrir, el Estado quedaría obligado a dar una satisfacción adecuada o una reparación, sólo cuando la violación invocada se refiera a una norma adjetiva, todo lo cual obliga el análisis de las convenciones alegadamente desconocidas por la ley atacada, a los fines de determinar si la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, es contraria a la Constitución, que es lo que demandan los impetrantes;

Considerando, que específicamente, los impetrantes sostienen, en cuanto a la violación a la Convención de Washington de 1940, cuya superioridad como norma del derecho internacional sobre el derecho interno se aduce, que la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, contraviene disposiciones de la citada convención al dejar libres en manos de particulares terrenos otrora áreas protegidas cuyas “riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales”, y al reducir y hasta eliminar áreas protegidas de la República Dominicana para fines muy distintos de la investigación científica, la inspección gubernamental u otros conforme con los propósitos para los cuales la reserva fue creada; así como el compromiso de adoptar o recomendar a los cuerpos legislativos competentes la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de los respectivos territorios, entre otras; que sólo en la hipótesis de que el ejecutivo denunciara esta Convención, se hubiese podido liberar el Estado dominicano, de esta obligación y presentar

válidamente el proyecto (hoy la Ley No. 202-04) sin incurrir en la violación constitucional;

Considerando, que examinado el artículo III de la Convención de Washington de 1940, éste estipula lo siguiente: “Los Gobiernos contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente; las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales...”; que, como se puede apreciar de la simple lectura del referido artículo III invocado por los impetrantes, ese texto no contiene, como éstos entienden, una prohibición absoluta para que los límites de los parques nacionales sean alterados ni que una parte de ellos pueda ser enajenada, pues ello depende únicamente para que se verifique válidamente, de que se cumpla la condición a que la sujetó el mencionado artículo III, haciéndola depender de la acción legislativa competente, como ha ocurrido al dictar el Congreso Nacional la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, que segrega zonas específicas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas constituido por la Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales no. 64-00, del 18 de agosto del año 2000; que, por otra parte, sólo en el caso de producirse alguna explotación en un parque nacional con fines comerciales, sin que haya intervenido previamente una disposición legislativa que excluya de la condición de área protegida la superficie de que se trate, podrá calificarse de violación a la Convención de Washington de 1940, la utilización o explotación comercial que de ella se haga, lo que no se da en la especie frente a la existencia de la Ley No. 202-04; que el proyecto de Ley Sectorial de Áreas Protegidas introducido a las cámaras legislativas para su discusión y aprobación por el Poder Ejecutivo, hoy convertido en la citada Ley No. 202-04, constituye, independientemente de la insuficiencia u omisiones de que pueda adolecer, la ejecución por el Estado dominicano de los compromisos asumidos en la Convención de Washington, pendiente de cumplimiento hasta ahora, desde su adopción el 5 de enero de 1942;

Considerando, que, en ese mismo orden, los impetrantes también destacan la alegada violación a la Convención para la Protección Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, al imputarle a la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, amputar áreas protegidas que contienen una parte importante del patrimonio natural y cultural de la República Dominicana;

Considerando, que del estudio preparado por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, denominado “Análisis Técnico sobre Ley Sectorial de Áreas Protegidas”, el cual integra la presente acción de inconstitucionalidad, se pueden extraer los datos e informaciones siguientes: “con la nueva Ley Sectorial de Áreas Protegidas la República dominicana tendría: 17 áreas protegidas en la categoría III (monumento natural) repartidas en quince monumentos naturales (con 341.5km²) y dos monumentos culturales (con 91km²). Con la Ley Ambiental había 12 monumentos naturales con una superficie de 323km²”. “En términos de reducciones y ampliaciones, los resultados son los siguientes: Los monumentos naturales aumentan su superficie en un 33% al pasar de 323km² (Ley 64-00) a 432.5km² (Nueva Ley Sectorial). En la Nueva Ley Sectorial los monumentos naturales tienen 43km² en aguas y 390km² en tierra, anteriormente (Ley 64-00) había 88km² en agua y 325km² en tierra”; que, como se aprecia, el cotejo realizado por el estudio de referencia, sobre las áreas protegidas en las Leyes Nos. 64-00 y la 202-04, arroja un saldo favorable en favor de esta última que, en vez de disminuir, como sostienen los impetrantes, sin demostración alguna, ha aumentado la superficie destinada a la protección de los monumentos naturales y culturales dentro del territorio nacional y, por tanto, la Ley Sectorial de Áreas Protegidas no ha podido desconocer la Convención de la UNESCO;

Considerando, que los impetrantes aducen, por otra parte, que la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, violenta el principio de utilidad y justeza enunciado en el artículo 8o., numeral 5, de la Constitución que establece: “a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para

todos: No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”;

Considerando, que los impetrantes radican el agravio al texto Constitucional antes enunciado al considerar que la Ley No. 202-04 desconoce en su formulación el principio de utilidad y justeza contenido en el referido artículo 8o. numeral 5, porque, agregan los impetrantes, al vulnerar, eliminando y/o reduciendo el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y dejar indefensos importantes ecosistemas, montañas, cuencas hidrográficas, refugios de faunas y parques nacionales, se compromete el equilibrio ecológico y la futura sostenibilidad de la isla y de las venideras generaciones;

Considerando, que del estudio del expediente se desprende que la ley atacada destina alrededor de un 20% de la superficie terrestre del país a su Sistema Nacional de Áreas Protegidas, superior a lo que hacen otros países que como: China, Francia, Perú, México, que para los mismos fines reservan un 6.2%, un 11.7%, un 2.7% y un 2.4%, respectivamente, de sus territorios, lo que pone de manifiesto que proporcionalmente la República Dominicana asigna una mayor cobertura que los países citados en términos de áreas protegidas; que, desde esta óptica, la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, no puede vulnerar las recomendaciones de las Naciones Unidas, consignadas en los documentos del Programa 21, que es el plan de acción adoptado en la Convención de Río de Janeiro en 1992, destinado a la lucha contra la pobreza, a través del desarrollo sostenible de los recursos, donde se sentó el criterio de que en toda política ambiental centrada primordialmente en la conservación y protección de los recursos debe tenerse en cuenta a la población cuya subsistencia depende de dichos recursos; que, por tanto, achacarle a la ley cuestionada que la reducción de las áreas protegidas que contiene abriga el propósito de que particulares fomenten nuevas empresas vinculadas al negocio del turismo, en desmedro de la riqueza de nuestra ecología y parques nacionales, carece de fundamento toda vez que el desarrollo sostenible del turismo y, principalmente, el desarrollo humano, se enmarcan dentro de los fines

de ley, en los términos y aspiraciones proclamados por las Naciones Unidas en sus recomendaciones en la lucha contra la pobreza;

Considerando, en cuanto a la violación a la Convención sobre Biodiversidad Biológica, firmado en la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992 y ratificado por Resolución del Congreso Nacional no. 25-96 del 2 de octubre de 1996, los impetrantes alegan que la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, ignora las más importantes disposiciones del citado Convenio de Río de Janeiro, ya que, lejos de elaborar estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, como dispone el tratado internacional aludido, atenta contra la conservación de esa diversidad biológica al reducir y eliminar los habitats naturales de la fauna natural; que asimismo, la ley de la cual se demanda su anulación, hace caso omiso a la posibilidad de reducción de la diversidad biológica como consecuencia de actividades humanas que se desarrollarán en las áreas liberadas de protección; de los valores ecológicos y otras para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera y, en fin, al interés común de la humanidad;

Considerando, que si bien los impetrantes aportan, para justificar la violación a la Convención sobre Biodiversidad Biológica, un “Análisis sobre el Impacto de la Ley No. 202-04 Sectorial sobre Áreas Protegidas”, así como un “Análisis Técnico sobre la Ley Sectorial de Áreas Protegidas”, del 29 de julio de 2004, de la Academia de Ciencias de la República Dominicana, los cuales se contraen a la crítica de la reformulación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en las categorías que se describen en la ley impugnada, de su contenido se puede determinar que el mayor agravio que esgrimen los impetrantes contra la ley es el haber reducido los límites de determinados parques nacionales en perjuicio de la diversidad biológica del país;

Considerando, que no faltan a la verdad los impetrantes cuando afirman que en la aludida convención sobre la biodiversidad se consigna la obligación de los Estados firmantes de ela-

borar estrategias, planes y programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica pero, como dice el mismo Convenio, “con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares”, lo que cobra mayor relevancia y verosimilitud en lo expresado en el artículo 3o. de la Convención que consagra como principio lo siguiente: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”; que en ejecución de su irrenunciable soberanía, el Estado dominicano, por vía del Congreso Nacional, que es su autoridad legislativa competente, ha dado cumplimiento, con la promulgación de la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, al mandato contenido en el artículo 34 de la Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales no. 64-00 del año 2000, de dotar al país de un instrumento legal que reagrupara todas las disposiciones existentes que constituían el Sistema Nacional de Áreas Protegidas; que como en ninguna de las convenciones o tratados de los que se alega han sido violados se señalan indicadores de la superficie o área que deben tener las unidades del señalado Sistema y sus diferentes categorías, mal podría imputársele a la ley de referencia haber reducido considerables áreas protegidas del patrimonio natural y cultural de la República, como se alega, ya que, además, es la propia Convención que establece, al fijar las obligaciones de conservación de las partes, que las mismas se ejecutarán “en la medida de lo posible y según proceda”, lo que descarta la transgresión alegada y, por vía de consecuencia, la del párrafo del artículo 3o. de la Constitución de la República que reconoce y aplica las normas del derecho internacional y americano en la medida que los poderes públicos nacionales las hayan adoptado;

Considerando, que el estudio de la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, en su conjunto,

ha puesto de manifiesto que ella contiene un aceptable equilibrio entre el desarrollo humano y la protección del medio ambiente por el que propugnan los impetrantes y responde a los principios enarbolados en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, donde se fijaron entre otros, los siguientes: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que corresponda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”; “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”; todo lo cual responde a la necesidad de poner en obra al primero de esos principios de la Cumbre de Río que dirige su fundamental preocupación a la meta de alcanzar el desarrollo del ser humano, ente principal de la creación, cuando expresa: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”;

Considerando, que las declaraciones y principios que se citan, emanadas de las convenciones y tratados de los cuales es parte la República Dominicana, y que son invocadas por los impetrantes, ponen de relieve que la ley imputada del vicio de inconstitucionalidad no infringe las obligaciones de conservación y desarrollo de las áreas protegidas a que ellos se refieren, en ninguna de sus disposiciones; que, igualmente, los errores y deficiencias técnicas que se le atribuyen, no son de naturaleza a justificar la inconstitucionalidad denunciada, ni desde el punto de vista de las referidas convenciones y tratados, ni desde la óptica de nuestra carta sustantiva;

...

Considerando, que los análisis y ponderaciones que anteceden muestran que la ley de que se trata no vulnera la Constitución de la República ni el derecho internacional en los aspectos sometidos por los impetrantes a la consideración de la Suprema Corte de Justicia y, en consecuencia, resulta inaplicable la disposición del artículo 46 que dispone que “son nulos de pleno

derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a esta Constitución”;

...

Considerando, que de lo que antecede resulta que la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, no es contraria a la Constitución.

Por tales motivos: *Primero*: La Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, del 30 de julio de 2004, es declarada conforme a la Constitución; *segundo*: Ordena que la presente decisión sea comunicada por Secretaría al magistrado procurador general de la República, a las partes e intervinientes, y publicada en el Boletín Judicial.

...

INTERPRETACIÓN Y ALCANCES DEL RECURSO DE CASACIÓN ARGENTINO Y LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

Sinopsis: Aplicando la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, es decir, del “agotamiento de la capacidad de revisión” o de la “capacidad de rendimiento”, la Corte Suprema de la Nación Argentina interpretó los alcances del recurso de casación y determinó que la facultad revisora no se limita a cuestiones de derecho, sino que incluye también a los hechos, excepto las derivadas de la inmediación procesal. El tribunal estableció que este criterio es acorde con la garantía de doble instancia reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículo 8.2.h— y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 14.5— a través de su incorporación constitucional. La sentencia está acompañada de tres votos concurrentes.

Synopsis: By applying the German theory of *Leistungsfähigkeit* or of the “exhaustion of review capacity”, the Supreme Court of Argentina construed the limits of the appeal for review by a higher court and determined that the faculty of revision is not limited to law issues but also to the facts, except for those derived from the procedural immediacy. The Tribunal established that this criterion agreed with the right to appeal recognized by the American Convention on Human Rights —article 8(2)(h)— and the International Covenant on Civil and Political Rights —article 14(5)— through their integration into the National Constitution. The judgment contains three concurring opinions.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
ARGENTINA

CAUSA NO. 1681 — 20 DE SEPTIEMBRE DE 2005
CASAL, MATÍAS EUGENIO Y OTRO S/ ROBO SIMPLE

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa no. 1681—”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1) Que el Tribunal Oral en lo Criminal no. 5 de la capital federal condenó, por mayoría, a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión, con costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (artículos 29 inciso 3o., 45 y 166, inciso 2o. del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación, invocando la causal prevista en el artículo 456, inciso 1o. del Código Procesal Penal de la nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la que corriera igual suerte.

Contra dicha resolución se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado, que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las seis horas, en cercanía del local bailable “Metropolis”, sito en avenida Santa Fe y su intersección con la calle

Darragueyra, ascendieron a un vehículo de alquiler, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, indicándole al conductor que los trasladara hasta la avenida Cabildo y Correa y una vez allí, derecho hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decide comunicar el destino de su viaje a la central, Casal que se encontraba sentado detrás lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar a la calle Correa al 3500, los imputados lograron la detención del automóvil, retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran los documentos propios y del automotor. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$150 que también le sustrajeron.

3) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que la presentación recursiva, más allá de la forma en que fuera planteada, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente la viabilidad del recurso de queja, "... por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica... atribución que le es propia y que resulta ajena..." a la revisión casatoria.

Asimismo agregó que "...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

4) Que en la presentación federal el recurrente manifestó, que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados "como constitutivos de robo simple consumado, que les atribuyó a los imputados en calidad de coautores...", criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz López, vocal del tribu-

nal y argumento fundante del agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz.

Asimismo agrega que la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar el recurso de queja interpuesto, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria, vulnerando su derecho de defensa, así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio ante un tribunal superior, previsto en la normativa internacional, incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (artículos 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 75, inciso 22, Constitución Nacional).

5) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito. Que proviene del tribunal superior de la causa, porque se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el artículo 75, inciso 22.

En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el artículo 14 de la Ley 48, puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre las normas internacionales invocadas y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6) Que, a los efectos de determinar el alcance otorgado por el tribunal *a quo* a la garantía en cuestión, resulta indispensable en primer lugar, precisar cómo se encuentra regulado en el ámbito nacional el recurso de casación. En este sentido, el artículo 456 del Código Procesal Penal de la nación, establece que el recurso de casación es admisible en el supuesto de “inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

El alcance de este dispositivo legal es materia de interpretación y, de ésta, depende la extensión de la materia revisable en casación. Debe decidirse si la casación es un recurso *limitado* conforme a la versión originaria, en la cual tenía por exclusivo o predominante objetivo la unificación de los criterios jurisprudenciales (su llamado *objetivo político*) o bien, si es un recurso más amplio y, en este último supuesto, en qué medida lo es. Es decir que debe considerarse, hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario, pero dando cumplimiento al requisito constitucional de los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del inciso 22, del artículo 75 de la Constitución Nacional.

...

21) Que el Código Procesal Penal de la nación siguió el modelo que se había iniciado en Córdoba medio siglo antes, y hasta 1994 era discutible el alcance del inciso 2o. de su artículo 456. No existía ningún obstáculo constitucional para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. La cuestión dependía del alcance que se diese al derecho internacional en el orden jurídico interno. Pero desde 1994, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron —sin duda alguna— a configurar un imperativo constitucional. Es

claro que un recurso que sólo habilitase la revisión de las *cuestiones de derecho con el objetivo político* único o preponderante de *unificar la interpretación de la ley*, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional. Pero también es claro que *en la letra del inciso 2o. del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, nada impide otra interpretación*. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última. Y más aún: tampoco hoy puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el mundo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas muestran en casi todos los países europeos una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.

22) Que la “inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad” abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El artículo 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El artículo 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la *sana crítica*. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, *no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta*. Si se entendiese de este modo el texto del inciso 2o. del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, sin forzar en nada su letra y sin apelar a

una supuesta jurisprudencia progresiva, aun dentro del más puro método exegético y siguiendo nuestra tradición jurisprudencial de acompasamiento a los tiempos del legislador, resultaría que la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas *cuestiones de hecho y prueba*, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal. No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada solo en el *nomen juris* del recurso y asignándole la limitación que lo teñía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas.

23) Que nada impide que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad* —la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento—, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisarse*, o sea, por *agotar la revisión de lo revisable*.

24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar *qué es lo no revisable*. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y —en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los artículos 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con

lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los artículos 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los artículos 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del *rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso*.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etcétera.

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, *en la medida en que se realiza el máximo*

de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar.

Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que *su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto*.

26) Que con el texto del artículo 456 entendido exegeticamente y en armonía con los artículos 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas *cuestiones de derecho*. Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos

satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los artículos 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

...

28) Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al artículo 456 del Código Procesal Penal de la nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (artículos 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que *directamente no se haya aplicado la sana crítica. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional*. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención.

...

32) Que la interpretación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distin-

ción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional.

Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado” (Informe 24/92 “Costa Rica”, Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992).

33) Que como se ha visto, no es sólo el artículo 8.2.h de la Convención Americana el que impone la garantía de revisión. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) exigen que la sentencia contenga otras violaciones a derechos humanos, sino que en cualquier caso exigen la posibilidad de revisión amplia por medio de un recurso que se supone debe ser eficaz. Cabe recordar a nuestro respecto el caso número 11.086, informe 17/94 de la Comisión Interamericana, conocido como *caso Maqueda*. En la especie, con toda razón, la Comisión consideró insuficiente la única posibilidad de revisión a través del recurso extraordinario ante esta Corte, dada la limitación y formalidad del recurso, lo que llevó a que el Poder Ejecutivo conmutase la pena del condenado y la Comisión desistiese de la acción, por lo cual ésta no llegó a conocimiento de la Corte Interamericana. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones

Unidas se pronunció el 20 de julio de 2000 en la comunicación 701/96 declarando que el recurso de casación español, por estar limitado a las cuestiones legales y de forma, no cumplía con el requisito del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Análogo criterio sostuvo el Comité en el caso *M. Sineiro Fernández c/ España* (1007/2001), con dictamen del 7 de agosto de 2003. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parecía sostener que el recurso de casación legislado en los códigos de la región satisfacía el requisito del artículo 8.2.h de la Convención Americana o, al menos, no se había pronunciado abiertamente en otro sentido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos despejó toda duda también en el sistema regional, con su sentencia del 2 de julio de 2004 que, en consonancia con lo sostenido en los dictámenes del Comité de Naciones Unidas contra España, consideró que el recurso de casación previsto en la ley procesal de Costa Rica —cuyo código es análogo al nuestro en la materia—, por lo menos en la forma limitada en que operó en el caso que examinó la Corte, no satisfizo el requisito del artículo 8.2.h de la Convención Americana. Con cita expresa del Comité de Naciones Unidas contra España, la Corte Interamericana declaró en el caso “*Herrera Ulloa v. Costa Rica*”, ya citado: “La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” (párrafo 164). Y añadía: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (párrafo 165).

34) Que en síntesis, cabe entender que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

Dicho entendimiento se impone como resultado de: *a)* un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, *b)* la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; *c)* que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inciso 22, del artículo 75, artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); *d)* ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

35) Que en el caso en examen, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación, al considerar que, "...por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica... atribución que le es propia y que resulta ajena"... a la instancia casatoria. Asimismo agregó que: "...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

...

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo condenatorio y con el texto del artículo 456 del Código Procesal Penal de la nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el fallo casacional.

36) Que en tal sentido, el fallo recurrido no sólo no se compadece con lo aquí enunciado, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, ha de acogerse favorablemente el recurso sin que ello importe abrir juicio sobre el fondo del asunto.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor procurador general de la nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida. Hágase saber, acumúlese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte nuevo fallo con arreglo a la doctrina aquí expuesta...

CRÍMENES INTERNACIONALES: IMPRESCRIPTIBILIDAD Y PROHIBICIÓN DEL OTORGAMIENTO DE AMNISTÍAS

Sinopsis: En la presente sentencia de casación la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile determinó que el Decreto Ley No. 2191, que concede amnistía por delitos cometidos por militares durante el estado de sitio entre 1973 y 1978, no es aplicable tratándose de crímenes internacionales, en el caso concreto, de crímenes de lesa humanidad. Además, el Tribunal confirmó su imprescriptibilidad y la imposibilidad de establecer cualquier excluyente de responsabilidad que pretenda impedir su investigación y la sanción de los responsables. La Corte Suprema de Justicia aplicó reglas y principios del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos tanto convencionales como normas de *ius cogens*, particularmente los Convenios de Ginebra de 1949. Posteriormente, con base en esta decisión el Tribunal dictó una sentencia de reemplazo, cuyo extracto se anexa a la presente, en la que anuló un sobreseimiento definitivo y ordenó continuar con la investigación penal y la sustanciación del juicio por los delitos alegados como crímenes internacionales.

Synopsis: In this judgment on appeal for review the Supreme Court of Justice of the Republic of Chile established that the Decree Law no. 2191, which grants amnesty for crimes committed by the military during the martial law between 1973 and 1978, is not applicable to international crimes, in the specific case, to crimes against humanity. Moreover, the Tribunal reaffirmed that is not applicable any statute of limitations to these crimes and banned any establishment of exemptions of liability to impede criminal prosecution and sanction of the perpetrators. The Supreme

CRÍMENES INTERNACIONALES: IMPRESCRIPTIBILIDAD...

Court of Justice applied rules and principles of international humanitarian law and international human rights law, both conventional and norms of ius cogens, particularly the Geneva Conventions of 1949. Subsequently, based on this decision the Tribunal rendered a judgment of replacement, whose extract is annexed to this decision, in which overruled the definite dismissal of the case and ordered the continuation of the prosecution and criminal process for the crimes alleged as of international character.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

RECURSO DE CASACIÓN

13 DE MARZO DE 2007

MANUEL TOMÁS ROJAS FUENTES

Vistos:

En estos autos no. 03-02-F, rol de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia dictada por la ministro de Fuero doña María Stella Elgarrista Álvarez el tres de marzo de dos mil cuatro, se sobreseyó total y definitivamente, de acuerdo con lo estatuido en el numeral quinto del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de este litigio en virtud de encontrarse extinguida por amnistía la responsabilidad penal de Víctor Raúl Pinto Pérez en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, acaecido en la Guarnición Chena, comuna de San Bernardo, dentro de los diez primeros días de diciembre de mil novecientos setenta y tres, injusto por el cual fue procesado...

Apelado dicho veredicto, una de las salas de la referida Corte, mediante dictamen de once de junio de dos mil cuatro...

En contra de esta última decisión, la asistencia jurídica de la querellante particular, representada por Nelson Caucoto Pereira, entabló recurso de casación en el fondo, sustentado en el ordinal sexto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal...

Considerando:

Primero. Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la querellante particular descansa exclusivamente en el ar-

título 546, no. 6o., del Código de Instrucción Penal, esto es, en haberse decretado el sobreseimiento definitivo incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en el artículo 408, no. 5o., del mismo ordenamiento. Reclama transgredidos los artículos 5o., inciso segundo, y 73 de la Constitución Política de la República... 1o., 2o., 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2o., 14, no. 1o., y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 3o. común; 49, 50 y 51; 50, 51 y 52; 129, 131 y 150; 146, 147 y 148, respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra, para terminar solicitando la invalidación del fallo impugnado y se emita el de reemplazo que disponga seguir adelante con la investigación hasta su agotamiento.

Segundo. Que en un capítulo inicial el compareciente representa la vulneración de las normas procesales que regulan la institución del sobreseimiento definitivo, aduciendo conculcados los artículos 73 de la carta fundamental y 10 del Código Orgánico de Tribunales, los que fijan el marco de la función jurisdiccional, la que no puede ser escindida, como lo ha hecho el pronunciamiento dubitado, al suprimir abruptamente los estados de juzgamiento y ejecución, sobreseyendo antes de estar completamente afinada la investigación. Sostiene que dicha actividad sólo se ha realizado parcialmente, toda vez que se entendió agotada la tarea de identificar a los partícipes del hecho criminoso de marras, determinando sólo uno de ellos, el imputado Pinto Pérez, en circunstancias que este sólo formó parte de una sección militar que respondía a un mando jerárquico y que ejecutó el ilícito pesquisado al interior de un campo militar, interviniendo una diversidad de sujetos activos.

De igual manera y, en lo que dice relación con el cuerpo del delito, manifiesta que el mandato del artículo 413 del Estatuto Procesal Penal se acometió insuficientemente, por cuanto sólo se estableció el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, en circunstancias que dicho injusto fue antecedido por la privación ilegítima de su libertad, manteniéndosele incomunicado y torturándosele en el regimiento de Cerro Chena, lo que fue ignorado por el edicto dealzada. Refiere que los artícu-

los 279 bis y 413 del citado ordenamiento procedimental colocan a los juzgadores en la necesidad de culminar la averiguación judicial, a pesar que en su desarrollo se manifieste una causal de extinción de responsabilidad penal, más aún cuando el artículo 93, no. 3o., del Estatuto Criminal indica la oportunidad procesal en que debe aplicarse la amnistía, a saber, sólo una vez pronunciada la resolución que determina la sanción. Por lo que no habiéndose concluido las indagatorias ni emitido decisión condenatoria, mal podría decretarse el sobreseimiento definitivo por la amnistía que se reclama, citando diversa jurisprudencia de esta Corte en sustento de su posición.

Tercero. Que enseguida alega transgresión a los artículos... toda vez que los sentenciadores, prescindiendo del particular marco espacial y temporal en que sucedieron los hechos, han reducido la actividad criminal desplegada contra Manuel Rojas Fuentes a un simple delito común, privándole de su especial calidad como crímenes internacionales, a los que le son inoponibles amnistías y prescripciones.

Advierte que el occiso fue ultimado por sus camaradas de armas dentro de un recinto militar denominado Campo de Prisioneros de Chena, al interior de la Escuela de Infantería de San Bernardo. Injustos que Pinto Pérez cometió conjuntamente con otros que aún no han sido reprochados procesalmente, lo que devela que las pesquisas no se encuentran consumidas.

Expone que la resolución recurrida en ninguna parte establece que la víctima lo fue en cuanto los militares lo estimaron “antipatriota”, “subversivo”, “un peligro para la sociedad” o simplemente “adversario de la dictadura”, lo que hace caracterizar los sucesos como de naturaleza genocida, pues se aniquiló a un sector de la población chilena por su ideología, postura política o militancia social, bajo el amparo del Estado que dotó de recursos materiales, humanos e ideológicos a sus agentes, cometiéndose los ilícitos bajo la égida y en nombre de aquél.

Por otra parte, los juzgadores de la instancia han aplicado la amnistía a situaciones en que es improcedente, ya que sin antecedente alguno desconocen los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil, al colegir que las conductas indagadas ocurrieron en el

periodo amparado por ella, e incluso sin salvar los errores procedimentales anteladamente recriminados, señalan en forma arbitraria e infundada que sólo existió un homicidio calificado perpetrado en una data comprendida dentro del Decreto Ley No. 2.191, y de manera automática, hacen primar los efectos de ésta por sobre los acontecimientos.

Argumenta que la amnistía según lo señalan los tratadistas y resuelto los tribunales, no se refiere a la descripción típica de la conducta sancionada, sino a la persona responsable del injusto, o sea, se trata de una causal subjetiva y no objetiva de exculpación. No puede entenderse de otro modo pues, el texto legal que la consagra señala que ésta “extingue por completo la pena y todos sus efectos” y sólo existirá legalmente castigo si ha mediado sentencia de término condenatoria en un proceso penal válido, nunca antes. Asimismo y en lo atinente al alcance del mentado texto legal, asegura que no puede comprender aquellos delitos considerados crímenes de guerra o de lesa humanidad por la comunidad internacional.

De todo lo anterior el impugnante infiere que al no haber calificado correctamente el delito cometido en contra de la víctima y no establecer concretamente la identidad de todos los responsables, los juzgadores del fondo jamás debieron emplear el Decreto Ley de Amnistía.

Cuarto. Que, del mismo modo, el requirente arguye que se ha decidido el sobreseimiento definitivo en contraposición al artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en armonía con los artículos 1.1, 2o., 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2o., 14, No. 1o., y 15, No. 2o., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que se encontraban incorporados al orden interno al momento de pronunciarse el dictamen objetado y que estatuyen la potestad de interponer recursos efectivos en contra de las violaciones señaladas en los aludidos instrumentos, la obligación de los Estados a readecuar sus normas a las disposiciones de aquellos, el derecho a la justicia y a la verdad, así como la prohibición de aplicación de la amnistía a los casos como el de marras.

...Indica que el artículo 15, No. 2o., del reseñado Pacto —*el Estatuto Político*— prohíbe la aplicación de la amnistía en casos en que la acción típica auscultada es de carácter internacional, los que dan siempre derecho a la acción procesal para su persecución por encima de toda amnistía, prescripción u otra institución extintiva de responsabilidad criminal.

...
Quinto. Que, por último, el requirente considera que se ha incurrido en desacierto de derecho en lo atingente a los artículos... 3o. común, 50, 51, 150, 147; 49, 50, 129, 146; y 51, 52, 131 y 146, respectivamente de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

Asegura que a la época de los atentados que comprende esta causa, regía —en virtud del Decreto Ley No. 5, de septiembre de mil novecientos setenta y tres— el estado de guerra interna fundamentado en la “existencia de una acción subversiva de grupos organizados que persiguen el control político del país”, lo que se manifestó concretamente en la utilización de armas de guerra, la creación de campos de prisioneros, la aplicación de la denominada Ley de Fuga, la instauración y funcionamiento de Consejos de Guerra, así como lo manifestado por diversas autoridades de la época e instituciones armadas en ese sentido. En este marco, se vivió en Chile, un conflicto armado sin carácter internacional, situación regulada por los Convenios de Ginebra, que con el objeto de proteger a los contendientes y a los civiles que no lo fueren, consagra normas que tipifican “infracciones graves”, como los tratos degradantes, las lesiones, torturas, mutilaciones, homicidios y desapariciones forzadas.

Dichos acuerdos imponen a los Estados el deber ineludible de castigar tales agresiones proscribiendo exonerarse a sí mismo o a otros, de las responsabilidades en que haya “incurrido ella misma, u otra parte contratante, respecto de las infracciones previstas en los artículos 50, 51, 130, 147, respectivamente, de los cuatro Convenios”.

...

Todo lo anterior deviene en que la amnistía dictada por el régimen militar chileno no puede entenderse aplicable a circunstancias que constituyen contravenciones serias a los Convenios de Ginebra, por lo que resulta jurídicamente ineficaz ante situaciones calificadas como delitos por la ley internacional. Ello en atención a que el orden interno debe ser interpretada en concordancia con el derecho multinacional y porque su sentido y alcance debe determinarse de modo que no pugne con los compromisos exteriores del Estado, por lo que el perdón concedido en Chile no puede entenderse referido a los ilícitos sancionados por la legislación mundial, los que deben ser siempre castigados, acatándose con ello el compromiso que la República ha contraído ante la comunidad mundial al ratificar los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

...

Así, en la especie, en ningún caso pudo aplicarse el Decreto Ley No. 2.191 de Amnistía a sucesos reglamentados en los Convenios de Ginebra...

Termina por aseverar que el vicio denunciado ha influido sustancialmente en lo decisivo del fallo, en atención a que el incumplimiento de la normativa aludida ha traído como corolario el sobreseimiento definitivo dictado, por lo que insta, en definitiva, que este tribunal deje sin efecto la decisión impugnada y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo donde se de correcta aplicación al derecho.

Sexto. Que, como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al Gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley No. 5, el cual, fundado en “la situación de conmoción interna en que se encuentra el país” y en “la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros

y de la población en general”, en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley No. 3, del día anterior, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley No. 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley No. 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6o., letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”, situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Séptimo. Que, más allá de la forma y nombre que se dé a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con “bandos” los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos, que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del derecho de gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando. La situación posterior que siguió a los señalados textos, se agravó con el imperio de la legis-

lación marcial, la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

...

Undécimo...

Por lo demás, el Decreto Ley No. 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

Duodécimo. Que, para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo No. 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el *Diario Oficial* de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2o. del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3o. común para todos los Convenios de Ginebra.

...

Décimo Tercero. Que, por otra parte, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumen-

tos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al Gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

Décimo cuarto. Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un general en jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas”...

La señalada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

Décimo quinto. Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en

Chile existía un “conflicto armado no internacional”, en los términos del artículo 3o. común para los Convenios de Ginebra...

Décimo sexto. Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Manuel Tomás Rojas Fuentes, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3o. común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa...

Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

Décimo séptimo. Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las

medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

Décimo octavo. Que, la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa)...

Décimo nono. Que, en este mismo orden de ideas y en lo atinente a lo argumentado en la reflexión sexta de la decisión recurrida en cuanto a que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6o., No. 5o., que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos rela-

cionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo errado de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, dado que ese tipo de normas no se encuentran en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

En tal sentido, si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no se encuentra una disposición relativa a la concesión de amnistías e indultos, entre las partes enfrentadas una vez concluidas las hostilidades. Además, el precepto del Protocolo I que consagra las garantías procesales, a saber, el artículo 75, tiene una redacción casi idéntica al artículo 6o. del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a amnistías.

Vigésimo. Que, la señalada omisión tiene una clara justificación, puesto que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4o. del Convenio de Ginebra III, relativo al trato debido a éstos.

De suerte que si el prisionero de guerra no ha violentado el derecho humanitario, una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora (artículo 118, Convención de Ginebra III). Y, si por el contrario lo ha conculcado, debe ser sancionado como criminal de guerra, si se trata de inobservancias graves u otras sanciones por los demás incumplimientos que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Por lo que no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, pues los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

Vigésimo primero. Que, en cambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por

ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición. Los cuales son castigados por el orden jurídico estatal ya que la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni modifica el estatuto jurídico de las partes en conflicto —desde que el Gobierno respectivo no está compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisionero de guerra—, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. No existe, en ese aspecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional y es, precisamente, por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2o., la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interior.

En tales circunstancias, se entiende el sentido de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el reestablecimiento de la paz social.

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la

ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para aquéllos que han vulnerado el derecho internacional humanitario” (Informe No. 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

...

Vigésimo tercero. Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

Vigésimo cuarto. Que, en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

Vigésimo quinto. Que, por ende, el Decreto Ley No. 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inenajenable respecto a las contravenciones graves contra los de-

rechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

Vigésimo sexto. Que, desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, con arreglo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los golpistas. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al Gobierno autoritario.

Vigésimo séptimo. Que, se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se despren-

de de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad: destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

...
Trigésimo. Que, entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Trigésimo primero. Que, la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo, el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

...

Trigésimo cuarto. Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el auto de procesamiento, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

Trigésimo quinto. Que, también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón —de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

Trigésimo sexto. Que, al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas...

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente acepta-

dos, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado...

...
Trigésimo octavo. Que, la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de los principios generales de derecho internacional humanitario, existía bajo nuestra carta fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado constitucional de derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional...

Este corolario, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley No. 2.191, sobre amnistía de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

...
Cuadragésimo primero. Que, por último, el fallo recurrido se basó en apreciar extinguida la responsabilidad criminal del imputado por la amnistía, y así ha decidido el sobreseimiento definitivo a que se refiere el numeral quinto del artículo 408 del

Estatuto Procedimental Penal que permite hacerlo, cuando se ha terminado la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos contemplados, entre otros, en el artículo 93, No. 3o., del Estatuto Criminal y, en este entendido, aparece evidente que en el presente caso, la aplicación equivocada de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo ha consistido precisamente, en haberse cometido error de derecho al calificar las circunstancias previstas en el No. 5o. del artículo 408 del ordenamiento procesal criminal, quedando incurso el dictamen dubitado en el literal sexto del artículo 546 del mencionado cuerpo legal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1o., incisos primero y cuarto, y 5o., inciso segundo, de la Constitución Política de la República... y 1o., 3o., 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, *Se acoge* el recurso de casación en el fondo instaurado por el abogado Nelson Caucoto Pereira, en representación de la querellante particular... en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de once de junio de dos mil cuatro... la que, en conclusión, es nula y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

...

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA DE CHILE

SENTENCIA DE REEMPLAZO
13 DE MARZO DE 2007
MANUEL TOMÁS ROJAS FUENTES

En cumplimiento de lo ordenado por la decisión de casación que precede y lo estatuido en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

...

4°).- Que los hechos pesquisados en los actuales autos ocurrieron dentro de los diez primeros días de diciembre de mil novecientos setenta y tres y no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra de los responsables antes del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en que se entabló la querella ... por lo que podría estimarse que la responsabilidad de Víctor Raúl Pinto Pérez derivada del homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos, esto es, por la prescripción de la acción penal.

5°).- Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación, cuyo fundamento básico es el sim-

ple transcurso del tiempo, fijado con el propósito de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica.

6°).- Que, sobre este tema y según se determinó en los basamentos sexto a décimo sexto del fallo de casación, que se reprodujeron, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por consiguiente, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

7°) Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”, de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1o., 3o. y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

8°).- Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no atañe sólo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

9°).- Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la

fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

...

10°).- ...que, en el ámbito del Derecho Penal, se contempla y acentúa en la protección de los derechos esenciales de la persona humana.

...

A la vez, la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

11°).- Que también, según se determinó en el veredicto de casación reproducido, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

...

13°) Que, no obstante que la citada Convención —“sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde 1970— no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, en realidad aquélla se limitó a afirmar la imprescriptibilidad de tales deplorables hechos —amén de las fuentes citadas en su Preámbulo—, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los sucesos, pues por su naturaleza preexiste al momento de su positivización. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que esta también era materia común del derecho internacional.

En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado como parte de la comunidad internacional...

14°).- Que, igualmente, es menester destacar que el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados.

Por ello, la mayoría de los tratados de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Entonces esta Corte, en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.

15°).- Que el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

16°).- Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de las personas, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en una in-

ternacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos casos la justificación no depende sólo del derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

...
18°) Que, de acuerdo con lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio, son imprescriptibles, por cuanto, es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

...
20°).- Que, por lo tanto, hasta ahora y sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva, puede aseverarse que, en el caso de autos, se está en presencia de un delito de lesa humanidad que equivale a un hecho delictivo imprescriptible e inamnistiable, lo que impide pronunciar en esta etapa procesal sobreseimiento definitivo en la litis.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 50. de la Constitución Política de la República, 406, 407, 410, 413, inciso 1o., 415, 416, 418, 514 y 527 del de Enjuiciamiento del ramo, *SE REVOCA* la resolución apelada de tres de marzo de dos mil cuatro... a fin que el respectivo juez no inhabilitado dicte el veredicto que en derecho corresponda y adelante la sustanciación del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si procediere.

...

PROHIBICIÓN DEL OTORGAMIENTO DE INDULTO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

Sinopsis: Con relación al indulto que el Ejecutivo Nacional concediera a diversos líderes de la dictadura militar argentina de los años 1976 a 1983, la Cámara Federal en lo Criminal de Buenos Aires determinó su inconstitucionalidad al señalar que por su naturaleza, los hechos perpetrados no son susceptibles de perdón. Asimismo, este tribunal estableció la incompatibilidad del indulto con el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos, particularmente, con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Lo anterior, principalmente con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículos 1o. y 2o.—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 2o.— y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”, *Barrios Altos vs. Perú*, *Bulacio vs. Argentina* y, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en las Observaciones Generales no. 7 y 20, ambas sobre la *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Además, aplicando la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —artículo 9o.—, la Cámara excluyó la jurisdicción militar para el juzgamiento de los responsables de tales delitos.

Synopsis: With regard to the pardon granted by the National Executive Authority to some leaders of the Argentinean dictators-

PROHIBICIÓN DE INDULTO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DH

hip from 1976 to 1983, the Federal Chamber on Criminal Matters of Buenos Aires determined its unconstitutionality when pointing out that due to their character these facts were not capable of being pardoned. Likewise, the Tribunal established the incompatibility of pardon with the states' duties to respect and ensure the rights, particularly, the obligation to investigate and sanction those responsible for crimes against humanity. It based this conclusion mainly on the American Convention on Human Rights —articles 1st and 2nd—, the International Covenant on Civil and Political Rights -article 2nd- and on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, Velásquez Rodríguez v. Honduras, “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos and others) v. Chile, Barrios Altos v. Peru, Bulacio vs. Argentina and, Almonacid Arellano and others v. Chile, and of the Human Rights Committee of the United Nations in its General Comments No. 7 and 20, both on Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Besides, by applying the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons -article 9th-, the Chamber rejected the military jurisdiction over the perpetrators of such crimes.

CÁMARA FEDERAL DE LO CRIMINAL
DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

CAUSA No. 13/84 — 25 DE ABRIL DE 2007
INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD
DE LOS INDULTOS DICTADOS POR EL DECRETO
2741/90 DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL

Y vistos y considerando

I.

Que se inicia la incidencia en virtud de la presentación efectuada por la señora Alicia Palmero —en representación de la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos— y el doctor Rodolfo Yanzón —por la Liga Argentina por los Derechos del Hombre—, con el patrocinio letrado de la doctora Mónica González Vivero.

Las pretensiones de los nombrados consisten en que este Tribunal: *a)* los constituya en parte querellante en estas actuaciones; *b)* declare la inconstitucionalidad parcial del decreto del Poder Ejecutivo Nacional no. 2741/90, a través del cual se indultó las penas aplicadas en autos respecto de Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini y *c)* retrotraiga el trámite de este proceso al momento anterior al dictado del decreto cuestionado e imprima a las presentes actuaciones el régimen procesal prescripto por la Ley 29.984 y, consecuentemente, las disposiciones de la Ley 24.660.

...

II.

...

En el marco de actuaciones regidas por el Código de Justicia Militar los particulares damnificados se encuentran sometidos a las normas del procedimiento que tal ordenamiento impone.

...

Si bien entonces esta última circunstancia —relativa a la inadmisibilidad de este tipo de planteos por parte de particulares damnificados en causas regidas por la ley castrense— obligaría al Tribunal a rechazar las pretensiones de los presentantes, existen aspectos que actualmente no sólo avalan el ingreso de esta Cámara a conocer en la cuestión en estudio, sino que la obligan a pronunciarse al respecto.

En efecto, existe una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y que consiste en investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (punto sobre el que se vuelve en profundidad en el apartado IV.c.1 de este pronunciamiento). Este deber, a su vez, no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En casos de vulneraciones graves de derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido.

Al respecto, es doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las autoridades estatales deben actuar *ex officio* y sin dilación una vez advertido el incumplimiento de esta obligación (con relación a estas últimas afirmaciones, ver caso del penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, del 25 de noviembre de 2006, específicamente párrafos 256, 344, 347 y consecutivos).

Por lo expuesto, más allá de la legitimación procesal de los presentantes para hacer este tipo de planteos, habida cuenta del alcance que la Corte Interamericana le ha otorgado a la obligación internacional de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Dere-

chos Humanos (artículos 1o. y 2o. de dicho tratado), lo cierto es que este tribunal, en tanto órgano alcanzado por la obligación a la que se sujetó el Estado argentino, debe conocer en el asunto como forma de hacer cesar un eventual incumplimiento del deber internacional señalado.

...

IV. *El decreto de indulto no. 2741/90*

a. *El juicio a las Juntas Militares*

...

Los hechos que se investigaron en la conocida causa 13/84 (originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en virtud del decreto presidencial no. 158/83) deben enmarcarse en el ámbito criminal de la alegada lucha contra el terrorismo vigente durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional. Este tribunal ya se ha pronunciado respecto al origen y características del plan clandestino y sistemático de represión desarrollado por las Fuerzas Armadas —con la colaboración de las Fuerzas de Seguridad—, a partir del derrocamiento del Gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón...

Entonces, tras la usurpación por la fuerza del Gobierno nacional por las autoridades militares, comenzaron —de modo generalizado en el territorio nacional— las privaciones clandestinas de la libertad de personas. Como características comunes de este obrar criminal se ha determinado que: a) los secuestradores eran integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad que adoptaban precauciones para no ser identificados; b) en el secuestro solía intervenir un número considerable de personas fuertemente armadas; c) las autoridades de las referidas fuerzas con jurisdicción en el lugar solían estar avisadas del secuestro, apoyando —incluso— en ocasiones el obrar de esos grupos armados; d) los secuestros frecuentemente se realizaban por la noche en los domicilios de las víctimas y, en determinados casos, también se sustraían los bienes físicos de las viviendas; e) las víctimas del secuestro eran posteriormente trasladadas en vehículos a centros clandestinos de detención,

PROHIBICIÓN DE INDULTO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DH

donde eran ocultadas y generalmente, torturadas; f) algunos de los detenidos fueron posteriormente liberados, otros puestos a disposición de las autoridades competentes, desconociéndose el destino final del resto...

La sustanciación de estas actuaciones se orientó a deslindar la responsabilidad penal por los hechos antes descriptos de los ex comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas. El personal subordinado a ellos resultó investigado en procesos posteriores. En efecto, resultaron imputados de esta causa los integrantes sucesivos de las tres primeras juntas militares del llamado Proceso de Reorganización Nacional; éstos son: Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola, Omar Domingo Rubens Graffigna, Armando Lambruschini, Leopoldo Fortunato Galtieri, Jorge Isaac Anaya y Basilio Arturo Lami Dozo.

...

Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que —con el voto de la mayoría— modificó la participación que les cupo a los nombrados en los hechos investigados, estableciendo que resultaron ser partícipes necesarios y no autores mediatos. Asimismo, mantuvo las penas impuestas, excepto en lo atinente a Roberto Eduardo Viola y Orlando Ramón Agosti, a los que se les redujo únicamente la pena de prisión...

El 29 de diciembre de 1990, el entonces presidente de la nación, doctor Carlos Saúl Menem, indultó estas penas a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini.

Como fundamentos de tal decisión se dijo que “...la necesidad de que el Poder Ejecutivo Nacional... realice una última contribución para afianzar el proceso de pacificación en que están empeñados los sectores verdaderamente representativos de la nación...” y “... crear las condiciones y el escenario de la reconciliación, del mutuo perdón y de la unión nacional...”.

Esta es la medida presidencial, entonces, cuya inconstitucionalidad debe ser analizada.

...

c. Regularidad constitucional del decreto de indulto 2741/90

Adentrándonos al fondo de la cuestión, de inicio debe recordarse que constituyeron un antecedente importante previo a la sanción de la Ley 25.779 —por la que se declararon insanablemente nulas las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final—, aquellas decisiones judiciales de primera y segunda instancia que, en la necesidad de adoptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias de la comunidad internacional en materia de derechos humanos, declararon de ningún efecto las leyes de impunidad (c. 8686/00, “Simón Julio y otro s/ sustracción de un menor de diez años”, rta. el 6/3/01, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal no. 4 de esta ciudad y c. 17.889, “Incidente de apelación de Simón Julio”, rta. el 9/11/01, reg. 19.192 de la Sala II de este Tribunal).

A su vez, y con posterioridad a la sanción de la Ley 25.779, ambas salas de esta Alzada declararon la irregularidad constitucional de indultos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, de similares características al presente (ver en tal sentido Causa no. 36.773 “Suárez Mason y otros s/inconstitucionalidad de indultos Dec. 1002/89 y 2746/90”, Reg. no. 228 del 1/04/05, de la Sala 1ra. y Causa no. 22.544 “Vaňek, Antonio y Torti, Julio s/inconstitucionalidad”, Reg. no. 23.944 del 8/07/05 de la sala 2da.).

...

Dado que la cuestión a resolver en el presente se ciñe a determinar la validez de indultos que afectaron a personas condenadas, se descarta ahora el tratamiento de los aspectos formales de la materia y se centra el análisis en la posibilidad que detentaría el Poder Ejecutivo Nacional para dictar indultos respecto de hechos de las características de los investigados en autos.

1. Así, en primer lugar, se evaluará si el dictado del decreto no. 2741/90 del [Poder Ejecutivo Nacional] P.E.N. impidió cumplir con obligaciones internacionales anteriormente asumidas por nuestro país convencionalmente.

Esta Cámara ha dicho en reiterados pronunciamientos que los delitos cometidos por los agentes estatales en el contexto

del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder en el período 1976-1983, a la luz del derecho de gentes, deben ser considerados como crímenes contra la humanidad (*cfr.* Sala I, causas no. 30.514, “Massera s/excepciones”, Reg. 742, del 9 de septiembre de 1999; no. 33714 “Videla, Jorge R. s/procesamiento”, Reg. 489, del 23 de mayo de 2002, y sus citas, no. 36.253 “Crespi, Jorge Raúl y otros s/ falta de acción y nulidad”, Reg. 670, del 13 de julio de 2004; y Sala II Causa Nro. 17.889, del 9 de noviembre de 2001, Reg. 19.192 y sus citas).

Así, y de acuerdo a los compromisos contraídos por nuestro país frente a la comunidad internacional, corresponde determinar si surge la obligación de perseguirlos y sancionarlos.

Para ello, debe ponderarse que a la época del dictado del decreto aquí analizado, existían normas de rango supra legal que permitirían cuestionar su validez, pero luego de la reforma constitucional de 1994, se torna imperiosa la necesidad de debatir si los crímenes contra la humanidad, pueden ser perdonados por parte de algunos de los poderes del Estado a través de actos propios. A dichos fines, resulta imprescindible establecer el lugar jerárquico que ocupan los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico...

...puede afirmarse que las obligaciones internacionales derivadas de los tratados deben prevalecer frente a cualquier norma de derecho interno.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada por el Congreso Nacional el 10. de marzo de 1984, mediante la Ley 23.054), impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el tratado.

Tales prescripciones sobre los deberes de “respeto” y “garantía”, por una parte, y la existencia de “remedios efectivos” como medios para asegurarlos, por otra, se han reconocido como el fundamento de la obligación de la persecución de las violaciones a los derechos humanos (ver en similar sentido, causas “Suárez Mason...” y “Vaňek...” ...

Sobre la obligación de *garantizar* el goce y ejercicio de los derechos humanos protegidos por la Convención, se ha afirmado: “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 persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. 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. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 19 de julio de 1988, Serie C, no. 4, párrafos 166 y 167).

De lo expuesto se advierte entonces que, como medios para asegurar esa garantía, se establecen los deberes de prevención, investigación y sanción de las conductas que vulneren derechos reconocidos; y, por otra parte, que no resulta suficiente la declamación de esa garantía, sino que se exige al Estado la eficacia en su ejercicio.

Asimismo, en cuanto a los alcances de las obligaciones derivadas de la Convención, es menester señalar que la Corte Interamericana sostuvo que: “... el deber general del Estado incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia

efectiva de dichas garantías... En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general de cada Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio *effect utile*). Esto significa que el estado debe adoptar las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2o. de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La última tentación de Cristo”, rta. el 5/02/2001, serie “C”, no. 73, párrafos 85 y 87, citado por la Sala I del Tribunal en causa no. 36.253 “Crespi y otros s/falta de acción y nulidad” reg. 670 del 13/7/2004).

Por otra parte, en cuanto al deber de sancionar toda violación a los derechos humanos, la Corte sostuvo: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos” (caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2002).

Dicho organismo, reiteró el alcance de la obligación que emana del artículo 2o. de la Convención en el caso “Bulacio”, afirmando que el cumplimiento del deber allí establecido implica la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos y garantías que res-

guarda el tratado, y además, la promoción de normas y prácticas que guíen a cada Estado parte hacia el cumplimiento cabal de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Bulacio *vs.* Argentina”, fallado el 18/09/2003).

En este mismo sentido, con respecto a la amnistía general dictada en Chile —a través del decreto Ley No. 2191— que alcanzó a todos los responsables de “hechos delictuosos” (entre los que se encuentran delitos de lesa humanidad) cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, la Corte recientemente explicó que, dada su naturaleza, tal norma “...carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos... ni para la identificación y castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile” (Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, no. 154).

De acuerdo con todo lo expuesto hasta aquí, la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al Estado argentino el deber de investigar y penalizar las violaciones a los derechos humanos. Además se ha establecido el deber de garantizar la efectividad de dicha obligación.

A iguales conclusiones puede arribarse si se avalúan las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la Ley 23.313, que entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986), pues las obligaciones que de allí se derivan para los Estados parte, son análogas a las ya analizadas (*Cfr.* artículo 2o. del citado Pacto).

Al respecto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señaló: “...se deriva del artículo 7o., leído juntamente con el artículo 2o. del Pacto, que los Estados deben asegurar una protección efectiva a través de algún mecanismo de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables y las víctimas deben tener a su

PROHIBICIÓN DE INDULTO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DH

disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación” (HRC, General Comment no. 7, Doc. ONU. CCPR/C/21 (19/5/1989), y reiterado en General Comment no. 20, párrafo 13 y ss. Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/ Add. 3 [7/4/1992]).

Por otra parte, dicho Comité manifestó: *“El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto”* (ver “Human Rights Committee, Comments on Argentina”, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.46 [1995], en inglés el original).

Entre sus “principales temas de preocupación” el Comité incluyó: “El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del Gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2o. (2,3) y 9o. (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las fuerzas de seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos”.

Sentado lo anterior, a juicio del tribunal, aparece clara la contradicción del Decreto 2741/90 con las normas internacionales invocadas y la precisión que respecto de sus alcances efectuaron los organismos mencionados, al menos, en lo relativo al

deber de penalizar o sancionar a los autores de crímenes contra la humanidad.

Ello por cuanto, las obligaciones que de allí se derivan quedarían desvirtuadas si, luego del dictado de sentencia definitiva —una vez investigadas, comprobadas y dictada la respectiva sanción por las graves violaciones a los derechos humanos, como las que oportunamente se ventilaran en estas actuaciones— se concediera el perdón.

...

Desconocer la validez del indulto en cuestión, a su vez, evitaría una eventual responsabilidad internacional del Estado argentino.

... El hecho de que los tratados internacionales analizados a lo largo de este apartado hayan entrado en vigor con posterioridad a la comisión de los hechos que se investigan en autos en nada obsta su aplicación a la cuestión en estudio...

... los *deberes de garantía* que imponen los tratados enumerados comprenden la obligación de investigar toda posible lesión de bienes protegidos por tales tratados, individualizar a los individuos responsables de tales lesiones, someterlos a juicio y, eventualmente, sancionarlos. Si bien puede pensarse válidamente que estas obligaciones son todavía preexistentes a estas disposiciones internacionales, lo cierto es que nuestro país contrajo estos deberes de garantía *inexorablemente* con la entrada en vigor de las Convenciones señaladas.

En consecuencia, prescindiendo de la fecha de comisión de los crímenes contra la humanidad que se investigaron en autos, y siendo que el Estado argentino se encontraba definitivamente imposibilitado de retraer —incluso parcialmente— el poder punitivo respecto de estos hechos con anterioridad al dictado del indulto cuestionado, de ningún modo puede postularse en este caso una aplicación retroactiva de los tratados de derechos humanos mencionados. Esto es, los indultos fueron dictados con innegable posterioridad al momento en que el Estado argentino se obligó a no perdonar crímenes de esta naturaleza.

...

2. Resta agregar a los argumentos arriba expuestos una circunstancia más que hace que los indultos dictados en favor de Jorge Rafael Videla y Eduardo Emilio Massera resulten incompatibles con lo que manda nuestra carta magna.

... los hechos ilícitos que fueran pesquisados en el marco de las presentes actuaciones fueron llevados a cabo en el contexto del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder entre 1976 y 1983. Puede afirmarse que ellos representan aquellos actos cuya naturaleza define el artículo 29 de la Constitución Nacional y, como tales, resultan insusceptibles de ser amnistiados.

...

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 234:16) que una ley de amnistía que en su contenido comprendiera el delito previsto por el artículo 20 (ahora 29) de la Constitución Nacional carecería de validez dado que sería contraria a la voluntad superior de la propia Constitución (ver en igual sentido Sala I causa “Suárez Mason...”, ya citada, y Sala II, Causa no. 21.961 Incidente ordenado por la Cámara Nacional de Casación Penal en Causa no. 8686/00, Reg. 23.243 del 16 de diciembre de 2004, ambas con cita del dictamen del entonces procurador general de la nación, Sebastián Soler).

De esta doctrina surge entonces un límite a la facultad de amnistiar que corresponde al Poder Legislativo, pues no podrá perdonar actos que impliquen la concesión de facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de Gobiernos o persona alguna.

Pero, además, esa limitación al poder de dictar amnistías que corresponde al Poder Legislativo, se extiende a quienes hayan ejercido las facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Ello por cuanto la prohibición contenida en el citado artículo 29, está dirigida a la protección del individuo contra el ejercicio totalitario del poder derivado de la concentración de funciones (En igual sentido ver causa “Suárez Mason...”, con cita de causas no. 18.057, “Fernández, Marino A. y Argemi, Raúl s/tenen-

cia de arma de guerra”, Sala I, fallada el 4 de octubre de 1984; y no. 3438, “Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros s/infracción artículos 189 *bis* y 292 del Código Penal”, Sala II, fallada el 6 de marzo de 1985).

...

Finalmente, no está demás aclarar que todo lo dicho respecto de las limitaciones de facultad legislativa de dictar amnistías es trasladable a la prerrogativa presidencial de indultar. En este sentido, vale nuevamente traer a colación lo afirmado sobre el punto por Sancinetti: “... *de resultas de la doctrina de fallos, 234:16 y de la de fallos, 247:387, los delitos cometidos como derivación del ejercicio de la suma del poder público —por los que “...la vida el honor o las fortunas de los argentinos quedan a merced de Gobiernos o persona alguna” (artículo 29 Constitución Nacional)— son insusceptibles de amnistía. Y si el Congreso Nacional no puede amnistiar tales hechos por el contenido material de los hechos mismos, entonces, mucho menos podrá indultarlos el Poder Ejecutivo. Este, en efecto, no podrá indultar ni la concesión de la suma del poder público concretada por los legisladores, ni los delitos cometidos por el Ejecutivo en el ejercicio de tal poder proscrito...*” (op. cit., pp. 282/3).

En síntesis, el artículo 29 de la Constitución Nacional impide que las Legislaturas (nacional y provinciales) concedan a los Ejecutivos (nacional y provinciales) supremacías en virtud de las cuales la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quedan al arbitrio de un gobierno o una persona.

...

V. *Ley procesal aplicable*

Mediante el Decreto 158/83 se sometió a juicio sumario, ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, a los integrantes de la Junta Militar que usurpó el Gobierno de la nación el 24 de marzo de 1976 y a los integrantes de las dos Juntas Militares subsiguientes, en orden a los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a los detenidos (artículos 1o. y 2o.).

PROHIBICIÓN DE INDULTO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DH

La Ley 23.049, por su parte, modificó el Código de Justicia Militar. En concordancia con el Decreto 158/83, el artículo 10 de la mencionada ley reglamentó el procedimiento sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas...

Ahora bien, con la sanción de la Ley 24.556 (del dieciocho de octubre de 1995) se aprobó la Convención Americana (*sic*) sobre Desaparición Forzada de Personas —cuya jerarquía constitucional fue establecida mediante la Ley 24.820—. El primer párrafo del artículo 9o. de la Convención establece que “*Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar...*”.

Esta exclusión de toda jurisdicción militar en el juzgamiento de los responsables del delito de desaparición forzada de personas no afecta el principio del *juez natural*, aún cuando existió una ley que dispuso el conocimiento originario de tales hechos por tribunales castrenses (Ley 23.049)...

Descartada, entonces, toda posibilidad de que tribunales militares conozcan los hechos que centran esta investigación, y eliminada también toda afectación a la garantía del “juez natural”, el presente caso deberá ser sometido al procedimiento y a la actuación de los jueces que la ley procesal común vigente establece.

En efecto, la solución de la controversia relativa a la ley procesal aplicable se ciñe a determinar cuál de las leyes bajo las que tramitó este proceso —éstas son, las 23.049 y 23.984— debe regir en la actualidad. En consecuencia, y excluida toda jurisdicción militar —tal como se ha demostrado anteriormente—, no queda más que sujetar estas actuaciones a la ley procesal federal (23.984).

La aplicabilidad del Código Procesal Penal de la Nación a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia fue dispuesta por este Tribunal en reiteradas ocasiones (15/5/00, reg. 6/00-P; 6/10/01, reg. 9/01-P; 6/3/02, reg. no. 1/02-P y 19/6/03, reg. no. 1/03-P; causa no. 30.579, Sala I, “Acosta J. s/ compe-

tencia”, rta. el 9-9-99, reg. 746; causa no. 30.311, Sala I, “Videla J. R”. , rta. el 9-9-99, reg. 735; causa no. 16.071, Sala II, “Astiz, Alfredo s/ nulidad”, rta. el 4-5-00, reg. no. 17.491; causa no. 17.196, Sala II, “Landa Ceferino s/excepción de falta de jurisdicción”, rta. el 28-11-00, reg. 18.216, entre otras).

En consecuencia, y afirmada la aplicación al caso de la ley procesal federal, corresponde remitir las presentes actuaciones a la Justicia Nacional de Ejecución Penal —de acuerdo con lo prescripto por el artículo 74 de la Ley 24.121—, de modo que se continúe con la ejecución de la pena impuesta en esta causa a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera de acuerdo a lo previsto por la Ley 24.660.

Por todo lo expuesto, el tribunal *resuelve*:

I. *Declarar la inconstitucionalidad parcial* del decreto no. 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto indultó las penas impuestas en estas actuaciones a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera (artículos 29, 75 inciso 22 y 95 inciso 5o. de la Constitución Nacional).

II. Imprimir a las presentes actuaciones el trámite dispuesto por el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) y, en consecuencia, *remitirlas* al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que corresponda, con el objeto de que —de acuerdo con la Ley 24.660— se continúe con la ejecución de la pena privativa de la libertad que se le impuso a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera en el marco de este expediente (artículo 74 de la Ley 24.121 y 490 del C.P.P.N.).

...

EXTENSIÓN A OTROS DELITOS DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE Y SU COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Sinopsis: En la decisión recaída a un recurso de revisión interpuesto por una persona condenada a pena de muerte, la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala determinó que la reforma de 1996 al Código Penal para extender la aplicación de la pena de muerte como sanción por el delito de plagio o secuestro sin resultado de muerte de la víctima, es violatoria del derecho a la vida conforme al artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya que no se encontraba prevista al momento de la ratificación de este instrumento. El tribunal también se remitió a los artículos 7o., 8o., 9o., 24, 25 de ese instrumento y a los criterios expuestos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-3/83, *Restricciones a la Pena de Muerte* (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), y OC-14/ 94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (artículos 1o. y 2o. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por otro lado, el demandante ofreció como prueba la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, en la que resolvió sobre una situación idéntica y determinó la violación al artículo 4.1 y 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque finalmente la Corte Suprema de Justicia no lo usó como fundamento para su decisión.

Synopsis: In its decision on appeal for review lodged by a person condemned to death penalty, the Supreme Court of Justice of the

APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE A OTROS DELITOS

Republic of Guatemala determined that the reform of 1996 to the Criminal Code extending the application of the death penalty as punishment for the crime of kidnapping without murder of the victim, violates the right to life and the article 4(2) of the American Convention on Human Rights since it was not previously foreseen when this instrument was ratified. The Tribunal also made a reference to the articles 7th, 8th, 9th, 24 and 25 of that instrument and to the criteria referred to in the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights OC-3/83, Restrictions to the Death Penalty (articles 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights), and OC-14/94, International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (articles 1st. and 2nd. of the American Convention on Human Rights). On the other hand, the petitioner submitted as evidence the judgment of the Inter-American Court of Human Rights on the case of Raxcacó Reyes v. Guatemala, in which it ruled on an identical case and established the violation of the article 4(1) and 4(2) of the American Convention on Human Rights, although the decision of the Supreme Court of Justice was not based on it.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA
RECURSO DE REVISIÓN NO. 10-2006
14 DE MAYO DE 2007
PABLO ARTURO RUÍZ ALMENGOR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, catorce de mayo de dos mil siete.

Integrada Cámara con los suscritos, se resuelve la revisión presentada por Pablo Arturo Ruiz Almengor, actuando bajo la dirección, procuración y auxilio del defensor público de planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, abogado Edgardo Enrique Enríquez Cabrera, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco del departamento de Guatemala, el veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en el proceso seguido al accionante por el delito de plagio o secuestro.

ANTECEDENTES

I.

El veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco del departamento de Guatemala, dictó sentencia condenatoria contra el acusado Pablo Arturo Ruiz Almengor, declarándolo autor responsable del delito de plagio o secuestro, habiéndole impuesto la pena de muerte.

II.

APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE A OTROS DELITOS

El veintinueve de agosto de dos mil, la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, en sentencia de segundo grado, en su parte conducente declaró: “...I) Que *no acoge* el recurso de apelación especial por motivo de fondo, interpuesto por el procesado *Pablo Arturo Ruiz Almengor*; II)....; III)....; IV)....; V)....; VI) En consecuencia, *se confirma* la sentencia apelada de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco de este departamento; VII)....; VIII)....; IX)...”.

III.

El treinta y uno de enero de dos mil uno, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, dictó sentencia declarando en su parte conducente “...*improcedentes* los recursos de casación interpuestos por los acusados Pablo Arturo Ruiz Almengor y María Antonia Archila —único apellido—, y por el abogado Francisco Flores Sandoval, defensor del procesado Byron Giovanni Ortiz Colindres, en contra de la sentencia dictada el veintinueve de agosto del dos mil por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones...”.

IV.

El dieciocho de febrero de dos mil cuatro, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, declaró sin lugar el recurso de revisión presentado por Pablo Arturo Ruiz Almengor.

DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PRESENTADA

El accionante Pablo Arturo Ruiz Almengor, invoca como caso de procedencia el numeral 5 del artículo 455 del Código Procesal Penal. Señala como disposición aplicable al caso, el numeral y artículo en mención.

...

El accionante al momento de evacuar la audiencia de tres días concedida por esta Cámara, individualizó además de las sentencias indicadas anteriormente, la fotocopia simple de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el quince de septiembre de dos mil cinco y voto razonado del juez

Sergio García Ramírez, en el caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala, la que acompañó.

...

ALEGATOS

...El recurrente manifiesta que, la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Mixco, departamento de Guatemala, el veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, mediante la cual impone la pena de muerte, se aplicó en atención a una normativa que infringe los tratados que en derechos humanos a firmado y ratificado el Estado de Guatemala, por que la extensión que se hizo del artículo 201 del Código Penal, al aplicar la pena de muerte cuando no hubiere fallecido la víctima, violenta el ordenamiento jurídico al extender la pena de muerte a hechos que no lo contemplaba ante (*sic*) de la firma y ratificación de los convenios y tratados suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala, que pretender abolir la pena de muerte, el recurrente expone como prueba los fallos emitidos por los honorables órganos jurisdiccionales, quienes ya se han pronunciado en casos similares, que si bien es cierto no constituyen nuevas pruebas que en conexión o por sí solas puedan en alguna (*sic*) momento atenuar la pena, sin en (*sic*) embargo sin ser pruebas nuevas que destruyan la participación de los sentenciados o destruyan la parte fáctica del fallo, los documentos presentados como pruebas por el sentenciado hacen evidente que la revisión prospere, al no haber fallecido la víctima, ante el plagio o secuestro del cual fueron víctimas, habiendo quedado plenamente acreditados y probados las circunstancias agravantes que hicieron posible que la figura delictiva de plagio o secuestro (*sic*) se agravara y en ese sentido la pena a imponer es de cincuenta años de prisión por el delito cometido...

El accionante Pablo Arturo Ruiz Almengor, presento su alegato por escrito, señalando que fueron violados los artículos 4.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 1o., 2o., 3o., 4o., 44, 46 de la Constitución de la República de Guatemala; 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. de las Salvaguardias

APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE A OTROS DELITOS

para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte.

CONSIDERANDO

...

II

...

Los argumentos del accionante encuentran como puntos to-rales los siguientes: "... la nueva prueba, consistente en dos sentencias de recurso de Revisión: 10-2005 del señor: Marvin Aroldo Rosales y el Recurso de Revisión: 14-2005 de los señores: Humberto Portillo González y Samuel Antonio Cogox Reyes la Honorable Cámara Penal, manifiesta: "...es criterio de esta Corte que imponer la pena de muerte cuando la víctima no fallece como producto del plagio o secuestro, como ocurre en el presente caso, es extender dicha pena a un caso que no se encontraba contemplado en su versión original (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala), con lo que se viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san (sic) José de Costa Rica), ratificado por el Estado de Guatemala desde mil novecientos setenta y ocho a través del Decreto 6-78 del Congreso de la República, aceptando Guatemala no extender la pena de muerte a casos no previstos en la ley, conllevando que si posteriormente se impone en los casos antes indicados haría incurrir en responsabilidad al Estado de Guatemala y a sus funcionarios (Opinión Consultiva OC-14/94, fechada nueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) como lo preceptúa el artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala..." ...Se infringió el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque fui condenado a la pena de muerte, aplicando el artículo 201 del Código Penal Decreto 81-96 del Congreso de la República de Guatemala sin tomar en cuenta que la pena que contempla dicha norma, no podía ser extendida por prohibición expresa de la norma internacional relacionada. En la presente fecha

existe nueva prueba que fundamenta la procedencia del presente recurso de revisión con la que se demuestra que la sentencia ejecutoriada para condenarme a la pena de muerte tomó en cuenta la reforma relacionada del artículo 201 del Código Penal, que establece la pena de muerte por el delito de plagio o secuestro sin resultado de muerte de la víctima, reforma que agravó la pena imponiendo la pena de muerte aunque no falleciera la víctima, lo que constituye evidentemente que en el presente caso no debieron tomar en cuenta para aplicar la pena cuando fallecía la víctima, por lo que al aplicar la pena, que en este caso fue de muerte; lo anterior por que (*sic*) cuando Guatemala ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (27 de abril del año 1978). El delito relacionado no contemplaba dicha pena cuando fallecía la víctima, por lo que al aplicar esta pena se esta agravando por extensión arbitraria. Es por esa razón que procede anular parcialmente la sentencia referida y se conmute la pena capital por la de prisión. La prueba nueva relacionada, permite demostrar este error judicial, que contrae responsabilidad para las autoridades judiciales, en virtud de que si me ejecutaran, el Estado de Guatemala sería sancionado internacionalmente por quebrantar la norma internacional, normas constitucionales ordinarias, relacionadas con el respeto (*sic*) a los derechos humanos;... El Tribunal de Sentencia Penal de Mixco al dictar fallo de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve; que constituye la sentencia penal ejecutoriada que como acto reclamado en revisión, que me condenó a la pena de muerte violó mi derecho sagrado y constitucional a la vida garantizado y protegido por la Constitución Política de la República: asimismo el artículo 46 del mismo cuerpo legal, el estado (*sic*) reconoce preeminencia del derecho internacional constituido en tratados y convenciones ratificadas sobre el derecho interno exclusivamente en derechos humanos, supeditando así su ley interna contenida en el *Código Penal al derecho internacional*. En el presente caso, a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que en su artículo 4.2 expresamente señala que no se puede aplicar la pena de muerte cuando: A. La pena de muerte

no está regulada antes de la comisión del delito; B. No se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente... En ese sentido, si la pena de muerte en el delito de secuestro no estaba regulada cuando no muriera la víctima, antes de la suscripción y ratificación del Pacto de San José no se podrá aplicar después y ello es lógico porque la pena, es la consecuencia del delito y no subsiste sin ésta (*sic*), caso contrario sería ley incompleta; y efectivamente en el presente caso, los elementos esenciales de dicha figura penal de plagio o secuestro no han variado, pero si la interpretación extensiva y análoga de la ley en perjuicio de los procesados, que realizó el Tribunal de Sentencia Penal del municipio de Mixco, interpretación extensiva y análoga de la ley en perjuicio de los procesados que realizó dicho Tribunal, interpretación y aplicación extensiva expresamente prohibida por la ley y más aún cuando se pretende justificar para aplicarnos la pena de muerte violando nuestro derecho constitucional a la vida... En consecuencia, el Honorable Tribunal de Sentencia Penal relacionado en el fallo ejecutoria (*sic*) por esta vía, impone la pena de muerte en forma arbitraria, violando el artículo 4.2 *in fine* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y mi sagrado *derecho a la vida* constitucionalmente garantizado y protegido, en consonancia con el artículo 1o., 2o., 3o., 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala y con las Salvaguardias de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte: 1o. a 8o.”

...
V.

El espíritu del preámbulo de nuestra Constitución es la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social. Se extrae de dicho preámbulo como característica principal ser personalista y humanista, organizándose el Estado de Guatemala para garantizar y proteger a la persona en sus derechos humanos entre otros, la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad, la paz y su desarrollo integral en el orden social, tal como se puede observar en los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Constitución de la República de Guatemala. Además de ello, el artículo 44 del cuerpo constitucional se extiende a otros

derechos y garantías no contenidas dentro de su normativa, siempre que sean inherentes al ser humano. Por su parte, el artículo 46 de nuestra carta fundamental habilita la aplicación del derecho internacional, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual tiene como objeto mejorar y ampliar aquellos derechos que la Constitución establece como mínimos, brindándole seguridad a toda persona que su derecho a la vida sea protegido.

El delito de plagio o secuestro en su redacción original (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala) contemplaba como elementos esenciales el apoderamiento que el sujeto activo realiza de una persona, privándola de su libertad y manteniéndola un tiempo sin ella (elemento material) y que como delito doloso, requiere un dolo específico que consiste en lograr a través de la privación de la libertad de una persona rescate, canje u otro ilícito (elemento interno); elementos que tipificaban el plagio o secuestro; teniendo como consecuencia jurídica la pena de ocho a quince años de prisión, pero si con motivo u ocasión del plagio o secuestro falleciera la víctima, se impondría pena de muerte. Al analizar la reforma del artículo 201 del Código Penal (Decreto 81-96 del Congreso en mención), dicha figura sigue conteniendo los mismos elementos originales del plagio o secuestro, pero como consecuencia jurídica en todo caso, la pena de muerte, lo cual da sustento para afirmar dicha reforma extendió la pena de muerte a una conducta que no contemplaba dicha sanción, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que dicho artículo prohíbe extender la aplicación de la pena de muerte a aquellos delitos que no tenga contemplada dicha sanción (Opinión Consultiva OC-3/83, emitida el 8 de septiembre de 1983 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Si bien, el artículo 201 del Código Penal, reformado por el Decreto 81-96 del Congreso de la República de Guatemala contiene como única pena la de muerte, también lo es que el artículo 201 del Código Penal precitado, en su descripción original (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala), determinaba dos tipos de pena, la prisión y la muerte. La primera cuando la víc-

tima no fallece; y la segunda, cuando la víctima falleciere como consecuencia del plagio o secuestro. En ese orden de ideas, esta Cámara estima que imponer pena de muerte cuando la víctima no fallece como producto del plagio o secuestro, tal como ocurre dentro del presente asunto, es extender dicha pena a un caso que no se encontraba contemplado en su versión original, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala desde 1978 a través del Decreto 6-78 del Congreso de la República, aceptando Guatemala no extender la pena de muerte a casos no previstos en la ley, y si en fecha posterior se permite imponerla, generaría responsabilidad al Estado de Guatemala y a sus funcionarios (Opinión Consultiva OC-14/94, emitida el 9 de diciembre de 1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) al tenor del artículo 155 constitucional. Por las razones expuestas deviene palmariamente la procedencia de la acción promovida.

VI

...

El artículo 401 del Código Procesal Penal dispone que en un proceso donde hubiere varios coacusados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales. El artículo en mención contiene el *principio de extensividad* de los recursos, el cual se estima tiene su fundamento en la igualdad humana abierto a las diferencias existentes de índole personal de los coacusados, pero ello no en desprecio de su condición de ser humano, ya que permite aprovechar el destino de otro que se encuentra en igualdad de circunstancias. Del análisis anteriormente efectuado se infiere que la acción otorgada a Pablo Arturo Ruiz Almengor no se fundó en motivos exclusivamente personales, sino en la discusión de la pena que debería imponérsele, en consecuencia se debe beneficiar a los coimputados Byron Giovanni Ortiz Colindres y Carlos Eduardo González Esquivel respecto a la imposición de la nueva pena, derivado de los principios de extensividad, de razonabilidad y acceso igualitario al ejercicio de la función jurisdiccional como

precedente horizontal con la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales, es el llamado autoprécédente y que se fundamenta más que el *stare decisis* en los principios indicados anteriormente.

VII

Al dictar una nueva sentencia respecto a la pena, esta Corte estima que el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco del departamento de Guatemala, el veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, declaró autores responsables a Byron Giovanni Ortiz Colindres, Carlos Eduardo González Esquivel Pablo Arturo Ruiz Almengor de dos delitos de plagio o secuestro cometidos en concurso real, en contra de la libertad individual, el primero de Ileana Herlinda Archila Morales de Corzo e Ileana María Corzo Archila y el segundo, de Karen Eunice Barrios Madrid y/o Keren Eunice Barrios Madrid. En ese orden de ideas, para la fijación de la pena por los dos delitos de plagio o secuestro cometidos contra las familias Corzo Archila y Barrios Madrid, se debe tomar en cuenta, como observó el Tribunal de Sentencia, las circunstancias agravantes que concurrieron en los hechos desplegados en los secuestros en mención, consistentes en haber ejecutado el hecho con alevosía, premeditación conocida, abuso de superioridad, preparación para la fuga, uso de engaño suficiente para facilitar la perpetración del delito, haber ejecutado el hecho en cuadrilla y grave daño ocasionado a las víctimas, debiéndose imponer la pena de cincuenta años de prisión inmutables por cada delito, misma que deberá cumplir los procesados en el centro que designe el juez de ejecución.

LEYES APLICADAS

Artículos: los citados y 10, 12, 14, 15, 28, 153, 154, 203, 204 de la Constitución Política de la República; 7o., 8o., 9o., 24, 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 44, 69 del Código Penal; 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., 11, 11 bis, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 40, 43 inciso 7o., 50, 71, 72, 75, 92, 101,

APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE A OTROS DELITOS

160, 162, 163, 165, 166, 167, 453, 454, 455, 459, 460, 462 del Código Procesal Penal; 1o., 2o., 3o., 4o., 6o., 7o., 8o., 9o., 12, 16, 77, 141, 143, 155, 156 de la Ley del Organismo Judicial.

Por tanto

Se declara: *procedente* la revisión promovida por Pablo Arturo Ruiz Almengor, en consecuencia *anula* la pena de muerte que le fuera dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco del departamento de Guatemala, y en aplicación del principio de extensividad se anula también la pena de muerte impuestas a Byron Giovanni Ortiz Colindres y Carlos Eduardo González Esquivel; y resolviendo conforme a derecho se declara: *a)* imponer a Pablo Arturo Ruiz Almengor, Byron Giovanni Ortiz Colindres y Carlos Eduardo González Esquivel la pena de cincuenta años de prisión por cada delito cometido, los que sumados hacen un total de cien años de prisión, quedando por imperativo legal en cincuenta años de prisión efectiva, la que deberá ser cumplida en el centro que designe el juez de ejecución correspondiente, con abono de la efectivamente padecida desde el momento de su detención. *b)* Queda incólume la sentencia del Tribunal de Sentencia en lo que no fue objeto de la acción de revisión promovida.

Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes a donde corresponde.

CRITERIOS PARA EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CENSURA EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Sinopsis: Con base en estándares internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia analizó el alcance y las posibles restricciones en materia de libertad de expresión y derecho a la información cuando se encuentran involucrados derechos de los niños. Sobre el caso específico el tribunal señaló que la restricción de expresiones y la orden de adecuar contenidos constituyen una forma de censura; por lo tanto, la sola emisión de expresiones sexualmente explícitas en programas matutinos es insuficiente para justificar su limitación. La Corte se remitió al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, y la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia se encuentra acompañada de diez anexos que explican en detalle sus fundamentos teórico-jurídicos. En particular, resulta de especial relevancia el anexo siete relativo a las limitaciones de la libertad de expresión.

Synopsis: Based on international human rights standards, the Constitutional Court of Colombia analyzed the scope and the possible restrictions of freedom of expression and the right to information when rights of children are involved. On the specific

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CENSURA

subject matter, the Tribunal pointed out that any restriction to expressions and the warrant to adequate contents constitute censorship; therefore, the mere broadcast of expressions with explicit sexual content in morning radio programs is insufficient to justify any limitation. The Court made a reference to the article 13 of the American Convention on Human Rights and article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, besides the cases of Herrera Ulloa v. Costa Rica, "The Last Temptation of Christ" (Olmedo Bustos and others) v. Chile, and the 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 Human Rights) of the Inter-American Court of Human Rights). This judgment is attached of ten annexes which elucidate in detail its theoretical and legal basis. In particular, is of special relevance the seventh annex on the limitations of freedom of expression.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

SENTENCIA T-391/07 — 22 DE MAYO DE 2007 ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR RADIO CADENA NACIONAL S. A.-RCN EN CONTRA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sentencia

En el proceso de revisión de la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S. A.-RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Dos (2), mediante auto del nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

...

I. ANTECEDENTES

1. *Hechos*

Obrando por intermedio de apoderado, la Radio Cadena Nacional S. A.-RCN interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por considerar que la sentencia proferida por esta corpo-

ración el 29 de julio de 2004, dentro del proceso promovido mediante acción popular por la fundación “Un Sueño por Colombia”, constituye una violación de sus derechos fundamentales. Explica que la fundación “Un Sueño por Colombia” interpuso acción popular contra el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S. A.-RCN, por vulneración de la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia. En criterio de la fundación referida, tal vulneración se derivaba de la transmisión del programa “El Mañanero”, de lunes a viernes de 5:30 A.M. a 10:00 A.M. por la emisora “La Mega”, en la frecuencia 90.9 FM. Para la fundación “Un Sueño por Colombia”, dicho programa “corrompe nuestra juventud y la envenena de la más variada gama de vulgaridad y patanería, constituyéndola así en un canal destructivo de los valores y la moral colectiva con sus transmisiones”. Como consecuencia de esta postura, se afirmó en la acción popular que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en una omisión al abstenerse de controlar la transmisión de este programa y ejercer sus funciones de inspección y vigilancia. Así, la pretensión de la acción popular era que se ordenara al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones constitucionales y legales, e imponer las sanciones a las que hubiera lugar, tanto a la emisora como a los locutores que hubiesen cometido faltas.

La acción popular fue admitida el 9 de junio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B. Esta corporación profirió sentencia de primera instancia el 25 de noviembre de 2003, con la siguiente parte resolutive: “Primero: Ampárense los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia. Segundo: En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir

de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del programa radial “El Mañanero de La Mega” y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se encuentra investido, tendientes a determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia”.

Esta providencia fue apelada por la fundación promotora de la acción popular, por RCN y por el Ministerio de Comunicaciones. Del recurso conoció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el cual, mediante sentencia del 29 de julio de 2004 (M.P. Germán Rodríguez Villamizar). En la parte motiva de la sentencia, el Consejo de Estado: *i*) invocó algunas normas que regulan el servicio de radiodifusión, concretamente aquellas que le definen como un servicio público de telecomunicaciones (D. 1447/95, artículo 1o.), las que establecen que este servicio debe orientarse a difundir la cultura y afirmar los valores nacionales (Ley 74/66, artículo 2o.), las que clasifican los tipos de programas radiales que pueden ser transmitidos (Ley 72/89 y D. 1900/90) y las que asignan a las telecomunicaciones el objetivo de fomentar el desarrollo del país y elevar el nivel de vida de sus habitantes (Ley 72/89 y D. 1900/90), así como aquellas normas que atribuyen facultades de inspección, vigilancia y sancionatorias al Ministerio de Comunicaciones en este ámbito; *ii*) recordó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y está sujeto a limitaciones para preservar, entre otras, la moral pública y los derechos de los demás; *iii*) afirmó que el mandato de pluralismo informativo justifica intervenciones estatales en la radiodifusión; *iv*) tuvo en cuenta un dictamen pericial psicológico que afirmaba que “El Mañanero de La Mega”, por su contenido sexualmente explícito e indecente, surtía un impacto negativo sobre su audiencia infantil y juvenil; *v*) recordó que dicho progra-

ma también debe cumplir con las finalidades legales de la radiodifusión, que incluyen la difusión de la cultura y el afianzamiento de los valores nacionales, así como la educación de la audiencia; y *vi*) invocó el derecho de la audiencia a recibir un servicio de radiodifusión de calidad cuyo contenido sea coherente con la función social de los medios de comunicación. El Consejo de Estado dijo que no estaba incurriendo en censura, que no estaba controlando el contenido de la programación o las preferencias de los locutores ni vulnerando la libertad de expresión, sino preservando el derecho de los usuarios a recibir una radiodifusión de calidad, haciendo efectiva la responsabilidad social del medio de comunicación que transmitía “El Mañanero de La Mega”, y preservando los derechos de terceros afectados por su emisión. Afirmó además que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en omisión en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control del contenido del programa, permitiendo y tolerando la transmisión de contenidos contrarios a las normas que rigen la radiodifusión. Como consecuencia, en la parte resolutive el Consejo de Estado modificó los numerales 1 y 2 del fallo de primera instancia, ordenando: “1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana. 2) En consecuencia, ordénase: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva. 2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa “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”. El Consejo de Estado consideró que con el programa radial “El Mañanero de La Mega” se desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos, y los derechos de los usuarios.

A raíz de la sentencia y en cumplimiento de la misma, el Ministerio de Comunicaciones adoptó una resolución (no. 810 del 29 de abril de 2005), en la cual impuso una sanción pecuniaria a la entidad concesionaria de la frecuencia 90.9 FM, por infrac-

ción de las normas que rigen el servicio público de radiodifusión y el Código del Menor, con afectación de los derechos de los menores que formaban parte de la audiencia del programa, ya que —según se expresa en la parte motiva de esta resolución—: “... en el contenido de las emisiones radiales se encuentran expresiones y comentarios de los comunicadores que se califican de irrespetuosos, además que no fomentan valores democráticos sociales y culturales, por lo cual se está generando en la audiencia un enfrentamiento entre los valores transmitidos por la familia y el sistema educativo y lo difundido en los medios de comunicación... puesto que en el programa no se difunde la cultura, ni afirman los valores esenciales de nuestra nacionalidad; asimismo, de acuerdo con lo aquí transcrito se observa que se están utilizando palabras que no van acorde con la audiencia, ya que es evidente el gran contenido de sexualidad, complementado con un vocabulario fuerte y vulgar, que en ciertas ocasiones es utilizado en un sentido impropio. De igual manera, al ser “El Mañanero de La Mega” un programa recreativo, el cual según el artículo 5 de la Ley 74 de 1966 está definido como aquéllos destinados al sano esparcimiento espiritual, considera este despacho que por la consecuente amenaza que esta información representa a la audiencia y debido a que el citado programa transmite comentarios que no van acorde con el tipo de emisión radial que corresponde a este género, nos encontramos frente a una flagrante violación al régimen de las telecomunicaciones y, en especial a la norma anteriormente citada. Es así que con las diferentes actitudes y expresiones de los conductores del programa radial, se desvía la función de orientar y educar a la sociedad colombiana, al igual que se encuentran contrariando su deber dado por ley a los prestadores del servicio de radiodifusión sonora que consiste en promover los valores y principios que se debe tener, toda vez que el mismo sirve para edificar y formar tanto la opinión pública, como las inclinaciones y preferencias concretas de la audiencia, por lo que en el caso en estudio la emisora “La Mega” con su programa “El Mañanero”, se encuentra atentando contra la Constitu-

ción y las leyes de la República, tal como lo establece el artículo 30. de la Ley 74 de 1966.”

A su turno, el programa “El Mañanero de La Mega” procedió a adecuar el contenido de sus emisiones.

El mecanismo de implementación del fallo de primera instancia, que no fue modificado por la decisión del Consejo de Estado y por lo tanto —según aclaró esta misma corporación— quedó intacto y en pleno vigor, fue el establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, a saber, la conformación de un comité de seguimiento, integrado por la fundación demandante, el ministro de Comunicaciones y el procurador Décimo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En términos del peticionario, este mecanismo facilita la vigilancia continua de la forma en que el programa radial objeto de controversia ha sido modificado...

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

...

2. *Problemas jurídicos a resolver*

El caso bajo revisión plantea problemas constitucionales de considerable complejidad, en la medida en que involucra: *a)* la adopción de una decisión judicial como consecuencia de un proceso iniciado por una acción popular, en el sentido de ordenar la adecuación del contenido de un programa radial a ciertos parámetros indicados por el juez; *b)* programa cuyo contenido incluye una proporción considerable de lenguaje sexualmente explícito y en algunos casos chocante a la luz de ciertas convenciones sociales, y que es accesible a menores de edad, dado el horario en que se transmite, la frecuencia y emisora a través de las cuales se difunde, y las características mismas del programa; *c)* orden judicial que tiene —por su ámbito de aplicación, su configuración específica y su destinatario— una incidencia directa sobre el derecho a la libertad de expresión, y que se ha adoptado en ausencia de una regulación legal específica del ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y de la forma en que se han de resolver los conflictos potencialmen-

te suscitados entre esta libertad y los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia; *d*) libertad de expresión que es ejercida en este caso por un programa transmitido a través de un medio de comunicación masiva de características particulares como lo es la radiodifusión; *e*) orden judicial en la que, además, se involucra al Ministerio de Comunicaciones, a quien se exige judicialmente activar tanto sus potestades de regulación del servicio público de radiodifusión como de inspección y vigilancia de su prestación, las cuales se traducen en la imposición de una sanción a la sociedad concesionaria de la frecuencia por la cual se transmite el programa, consistente en una multa, así como en la creación de un comité de verificación de la adecuación de los contenidos del programa “El Mañanero de La Mega”. Además de estos elementos, se trata de una acción de tutela interpuesta contra una serie de decisiones judiciales, respecto de las cuales se ha invocado la existencia de una vía de hecho, por violación de las disposiciones constitucionales que consagran la libertad de expresión y la prohibición de la censura, y del derecho a la igualdad.

...

2.1. En ausencia de una norma legal específica que regule la materia, ¿cómo se han de resolver a la luz de la Constitución Política los posibles conflictos entre el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y los derechos de los niños que puedan encontrarse dentro de la audiencia? ¿Cuáles son los parámetros establecidos en la carta política para la labor de ponderación que han de desarrollar las autoridades, y en particular el juez constitucional?

...

La resolución de estos problemas jurídicos exige que la Corte se pronuncie sobre diversos temas conexos, a saber: *a*) el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión —particularmente en casos que no se relacionan directamente con el ejercicio del derecho a la información por medio de la prensa—, el tipo de expresiones que cubre y las posibles limitaciones de las que puede ser objeto a la luz de la carta política; *b*) las características específicas del ejercicio de la libertad de expresión

a través de un medio de comunicación masivo como el radio, y la incidencia de estas características sobre el alcance del derecho y las posibles limitaciones de las que es susceptible; c) el *status* constitucional de formas de expresión cuyo contenido es sexualmente explícito; d) los requisitos que ha de llenar la regulación gubernamental del ejercicio de la libertad de expresión a través del servicio público de radiodifusión; e) el alcance de la prohibición constitucional de la censura; y f) los requisitos para que se configure una vía de hecho en una decisión judicial, en particular en las decisiones que deciden sobre acciones populares.

...

4. La libertad de expresión en la Constitución

4.1. *El derecho fundamental a la libertad de expresión en sentido genérico*

4.1.1. *El ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución. Elementos normativos que lo conforman.* El artículo 20 de la carta política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la carta política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de *once elementos normativos diferenciables*: a) la libertad de *expresar y difundir* el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión —sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa—, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la *libertad de expresión stricto sensu*; y tiene una doble dimensión —la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando; b) la libertad de *buscar o investigar* información sobre he-

chos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada *libertad de información*; c) la libertad de *informar*, que cubre tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada *libertad de información*; d) la libertad y el derecho a *recibir información* veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la *libertad de información*; e) la libertad de *fundar medios masivos de comunicación*; f) la *libertad de prensa*, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social; g) el *derecho a la rectificación* en condiciones de equidad; h) la *prohibición de la censura*, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; i) la *prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito*, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; j) la *prohibición de la pornografía infantil*; y k) la *prohibición de la instigación pública y directa al genocidio*.

...

4.1.2. *Importancia de la libertad de expresión. Razones de su especial salvaguarda.* Existe consenso prácticamente universal respecto de la importancia de la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, dentro de los sistemas políticos democráticos. La *expresión*, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un *status* jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las Constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social. La libre manifestación y comunicación del pensamiento, así como el libre flujo social de información, ideas y

opiniones, han sido erigidos en la condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, en un presupuesto para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas. Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica —principalmente— con cinco tipos de fundamentos: 1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, 2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, 3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, 4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y 5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera. Los cinco tipos de fundamentos son pertinentes al momento de interpretar el alcance de los derechos que están en juego en casos complejos como el presente.

...

De la importancia democrática y del lugar privilegiado de la libertad de expresión se derivan tres consecuencias trascendentes de orden constitucional encaminadas a garantizar esta libertad: i) cuatro presunciones constitucionales que amparan las expresiones potencialmente cubiertas por la libertad en comentario, ii) tres cargas correlativas para las autoridades que pretenden imponer limitaciones a la libertad de expresión, y iii) un mayor margen de tolerancia para los riesgos que puede conllevar el ejercicio de este derecho constitucional, como se explica a continuación.

4.1.3. *Presunción a favor de la libertad de expresión.* La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una *presunción constitucional a favor de la libertad de expresión*. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

4.1.3.1. *Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional.* En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello —que se señalarán en capítulos subsiguientes—.

4.1.3.2. *Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto.* Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad. De esta forma, en varias oportunidades la Corte ha explicado que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.

Por supuesto, si después de la ponderación resulta claro que los derechos de menores de edad están siendo afectados, y la armonización con la libertad de expresión es imposible, se dará aplicación al artículo 44 de la carta. Como se verá, no es lo que sucede en el presente caso.

4.1.3.3. *Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto.* Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública —en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole—, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de

protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es estricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación.

4.1.3.4. *La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible.* Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso jure*, una violación del derecho a la libertad de expresión.

...

4.1.4. *Cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla.*

Como correlato de las anteriores presunciones, las autoridades que pretendan establecer una limitación a la libertad de expresión deben cumplir con tres cargas especiales, cuya verificación compete al juez constitucional:

4.1.4.1. *Carga definitoria.* Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación...

4.1.4.2. *Carga argumentativa.* Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante.

4.1.4.3. *Carga probatoria.* Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad...

4.1.5. *Carácter constitucionalmente tolerable de los riesgos generados por la protección de la libertad de expresión y de las cargas impuestas por su ejercicio.* La segunda consecuencia principal del lugar privilegiado de la libertad de expresión dentro del ordenamiento constitucional, es que su ejercicio genera riesgos e impone cargas sociales que resultan por regla general tolerables, a la luz de los diferentes objetivos que se persiguen mediante su protección...

Ahora bien, la valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando éstos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática, como se verá posteriormente...

4.2. *El derecho fundamental a la libertad de expresión stricto sensu*

4.2.1. *Definición. Dimensiones individual y colectiva de la libertad.* Como se indicó, la libertad de expresión en sentido estricto —primer elemento normativo específico protegido por la libertad de expresión genérica que consagra el artículo 20 superior— es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente *el propio* pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Apareja el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva.

La libertad de expresión *stricto sensu* consiste en la facultad que tiene todo individuo de comunicarse con otro sin ser constraído por ello en manera alguna. Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comentario no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión *stricto sensu*. Esta libertad también abarca el derecho a escoger la *forma* y el *tono* que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias.

Por otra parte, la libertad de expresión *stricto sensu* —entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas— tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva

es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea.

4.2.2. *Alcance y contenido de la libertad de expresión en sentido estricto: rasgos generales relevantes para el caso bajo revisión*

En términos del alcance y el contenido de la libertad de expresión *stricto sensu*, existen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido que la Corte considera indispensable resaltar con detalle, para efectos de llegar a una decisión adecuada en el caso presente: 1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; 2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; 3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión *stricto sensu*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros —lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones—; 4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; 5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; 6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad

constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; 7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y 8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

4.2.2.1. Su titularidad es *universal sin discriminación*, ya que “toda persona” es titular de la libertad de expresión, porque así lo dispone expresamente el artículo 20 superior. Es una titularidad *compleja* —puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general—. Las expresiones del emisor *pueden involucrar intereses públicos y colectivos, además de los propios de dicho emisor...*

4.2.2.2. Sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción ha sido derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano. En otras palabras, la presunción de cobertura de la libertad de expresión resulta desvirtuada en relación con estos tipos de expresión, por acuerdo internacional prácticamente unánime. En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión son cuatro: *a)* la propaganda en favor de la guerra; *b)* la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio*, *discurso discriminatorio*, *apología del delito* y *apología de la violencia*); *c)* la pornografía infantil; y *d)* la inci-

tación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con celoso apego a sus definiciones precisas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se incluyan, bajo su alcance, formas de expresión que sí son legítimamente acreedoras de la protección constitucional.

En lo que respecta a la discriminación de género, nota la Sala que no existen prohibiciones expresas comparables plasmadas en tratados internacionales vinculantes para Colombia. Ello, sin perjuicio de la existencia de disposiciones bajo las cuales se podrían limitar expresiones contrarias a la dignidad de la mujer y al pleno ejercicio de sus derechos humanos; por ejemplo, el artículo 2-(f) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en virtud del cual los Estados parte se obligan a “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer”. No obstante, estas disposiciones internacionales no comparten el nivel de especificidad y precisión de las otras prohibiciones a las que se ha aludido. Las categorías de expresiones cuyo contenido está expresamente excluido de la presunción de cobertura por el derecho a la libertad de expresión pueden variar a medida que el consenso internacional plasmado en instrumentos jurídicos evolucione. En este sentido, cabe señalar que el concepto de “discriminación contra la mujer” enunciado en el artículo 1o. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por Colombia mediante Ley 51 de 1981) es amplio y comprende tanto el objeto como el resultado de menoscabar el ejercicio de los derechos de las mujeres.¹ No obstante, ningún instrumento jurídico internacional

¹ Dice el artículo 1o. de la Convención: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

ha incluido prohibiciones semejantes a las mencionadas anteriormente en este ámbito de la igualdad de género...

4.2.2.3. Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión *stricto sensu*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros —lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones—.

4.2.2.3.1. Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso *político*, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben —y han recibido tradicionalmente— un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de regulación. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública de la nación.

4.2.2.4. La expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión *stricto sensu* pueden ser efectuadas tanto a través del lenguaje oral o escrito como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la “expresión” cubierta por la libertad en comento no se restringe a las comunicaciones verbales.

4.2.2.5. La expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que

cada medio en particular plantea sus propias especificidades jurídicamente relevantes. Tal como se señaló anteriormente, uno de los elementos constitutivos de la libertad de expresión *stricto sensu*, en su dimensión individual, es el derecho de quien se expresa a transmitir y difundir su mensaje de la manera en que mejor considere hacerlo, y a través del medio que elija para el propósito. En consecuencia, la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el *contenido* de la expresión como su *forma*. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo dicho anteriormente no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica.

4.2.2.6. La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono. Así, lo que puede parecer chocante o vulgar para unos puede ser natural o elocuente para otros, de tal forma que el hecho de que alguien se escandalice con un determinado mensaje no es razón para limitarlo, mucho menos si el que se escandaliza es un funcionario público.

4.2.2.7. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa. El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados. Tales deberes y responsabilidades han de estar definidos con previsión en la ley, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad.

4.2.2.8. La libertad de expresión impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares. Como todo derecho humano, la libertad de expresión impone a las autoridades estatales —de cualquier nivel, en cualquier rama del poder público— cuatro tipos básicos de obligaciones: las de *respeto*, las de *garantía y protección*, las de *promoción* y la de *provisión de condiciones jurídicas y materiales para su goce efectivo*, sobre la base de la no discriminación.

...

4.3. *El derecho fundamental a la libertad de información*

El segundo derecho fundamental específico que forma parte de la libertad de expresión en sentido genérico es la *libertad de información*. Para efectos del caso presente, la Corte considera necesario resaltar algunas características de la libertad de información, que resultan pertinentes porque a través del programa “El Mañanero de La Mega”, objeto de la acción de tutela que se estudia, también se transmite información de distintos tipos a la audiencia, además de manifestaciones de la libertad de expresión *stricto sensu*. Las características de la libertad de información a tener en cuenta son las siguientes: 1) su objeto jurídico específico, 2) la complejidad de su objeto y su titular, 3) su importancia central para la democracia, 4) los deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información, 5) la necesidad de aplicar el método de ponderación y armonización concreta en caso de conflicto con otros derechos o valores cons-

titucionales, y 6) la existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.

4.3.1. *Objeto jurídico específico.* El objeto jurídico de protección de esta libertad es la *información*. Se trata de un objeto conexo pero diferenciable del que protege la libertad de expresión *stricto sensu*, ya que la libertad de expresión en sentido estricto protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones *personales* de quien se expresa, mientras que la libertad de información protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. Por eso, en la libertad de información el interés del receptor de la misma es crucial, puesto que sin información no está en condiciones de ejercer efectivamente su ciudadanía. En esa medida, con miras a promover la mayor difusión de información, la libertad de información está sujeta a una mayor regulación por parte de las autoridades que la libertad de expresión en sentido estricto. Por otra parte, una y otra libertad se diferencian por los supuestos con los que se materializa su ejercicio; así mientras que para la libertad de expresión basta que su titular cuente con las facultades físicas y mentales necesarias para expresarse, la libertad de información supone, además, que exista una infraestructura material apta para captar y difundir la información.

4.3.2. *Complejidad en su objeto y en su titular.* En atención a las distintas fases del proceso comunicativo, la libertad de información abarca las actividades de buscar información e investigar en las fuentes donde puede estar la información, procesar la información descubierta y transmitirla a través de un medio determinado, y recibir tal información. En esa misma medida, al igual que la libertad de expresión *stricto sensu*, la libertad de información es un derecho de titularidad universal y compleja, puesto que está en cabeza de todas las personas por mandato del artículo 20 de la carta, pero al mismo tiempo tiene contenidos distintos dependiendo de si la ejerce quien busca la información, quien la transmite, o quien la recibe; característica que

ha llevado a esta corporación a calificar esta libertad como un derecho de doble vía. Por las características especiales de esta libertad y su trascendencia para el funcionamiento de la democracia, el énfasis jurisprudencial se pone usualmente sobre los derechos del receptor de la información.

4.3.3. *Importancia central para la democracia.* Por el lugar central que ocupa el libre flujo de informaciones de todo tipo dentro del funcionamiento ordinario de una sociedad política democrática, la libertad de información ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento estatal colombiano, particularmente cuando su ejercicio se aparea con el de la libertad de prensa —es decir, cuando se ejerce a través de los medios masivos de comunicación—. Las funciones democráticas de la libertad de expresión en sentido genérico se manifiestan con especial fuerza en la libertad de información.

4.3.4. *Deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información.* Por su importancia para la democracia y el impacto que puede surtir sobre su audiencia, así como por la existencia de un derecho específico en cabeza del receptor de la información, el ejercicio de la libertad de información conlleva claros deberes y responsabilidades para su titular. Las principales obligaciones que impone el ejercicio de esta libertad, así como los derechos correlativos de los receptores de la información, se refieren a las características de la información que se transmite; dicha información ha de ser “veraz e imparcial”, y respetuosa de los derechos fundamentales de terceros, particularmente a la intimidad y al buen nombre. A este respecto, en particular cuando se ejerce la libertad de información a través de los medios de comunicación, la jurisprudencia ha trazado una distinción entre la transmisión de información fáctica y la emisión de opiniones o valoraciones de hechos. La información sobre hechos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, mientras que la expresión de opiniones sobre dichos hechos, cubierta por la libertad de expresión *stricto sensu*, no está sujeta a estos parámetros. Las opi-

niones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes.

4.3.5. *Ponderación y armonización concreta en caso de conflicto de la libertad de información con otros derechos o valores constitucionales.* En los casos frecuentes en que puede entrar en colisión con otros derechos o valores constitucionales, la libertad de información ha de ser objeto de un ejercicio de *ponderación* que derive en la maximización concreta y armónica de todos los derechos e intereses enfrentados, pero sobre la base inicial de la primacía de la libertad de información dentro de una sociedad democrática.

4.3.6. *Existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.* La libertad de información, como la libertad de expresión en sentido estricto, también impone al Estado obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción, en particular cuando su ejercicio se efectúa a través de los medios masivos de comunicación y se apareja, por lo tanto, con la libertad de prensa. Esto significa, por ejemplo, que no le basta al Estado con no atentar contra la libertad de información, puesto que además de respetarla, debe proteger su ejercicio libre y garantizar la circulación amplia de información, aun de aquella que revele aspectos negativos del propio Estado o la sociedad.

...

4.4. *El derecho fundamental a la libertad de prensa.*

Los medios de comunicación y su responsabilidad social

El tercer elemento del ámbito de protección de la libertad de expresión en sentido genérico consagrada en el artículo 20 superior, es la libertad de prensa, que se refiere no sólo a los medios impresos sino a todos los medios masivos de comunicación. Ésta incluye tanto la libertad de fundar medios masivos de comunicación como la libertad de estos medios de funcionar sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir sus cruciales funciones dentro de la sociedad democrática. El ejercicio de las libertades de expresión e información adquiere

características distintivas cuando se realiza a través de un medio de comunicación masivo, características que variarán dependiendo de cada tipo de medio. Estas variaciones repercuten, a su vez, sobre el alcance de los derechos que se ejercen, su contenido, y las posibles limitaciones de las que eventualmente son susceptibles. No en vano se consagra en el artículo 20 superior la responsabilidad social de los medios de comunicación. Para los efectos del caso que se examina, considera pertinente la Corte resaltar ciertos rasgos particulares de la libertad de prensa: 1) su importancia medular para la democracia; 2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual; 3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva; 4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos; 5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; 6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la carta política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; 7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y 8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales.

4.4.1. *Importancia medular de la libertad de prensa para la democracia.* Las mismas razones que explican la importancia de la libertad de expresión en sentido genérico para la democracia, se manifiestan con particular fuerza en el ejercicio de la libertad de prensa, que por lo mismo cumple una función política clave dentro del ordenamiento colombiano.

4.4.2. *Trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual.* Como manifestación de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio del

derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que para que una persona pueda definir y seguir la orientación que desea dar a su existencia, es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital, lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación.

4.4.3. *Poder social de los medios de comunicación: riesgos implícitos y conflictos potenciales.* La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así “audiencias cautivas”, por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio.

4.4.4. *El funcionamiento de los medios involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tienen el potencial de afectar derechos fundamentales ajenos.* La libertad de prensa involucra, en su ejercicio, a distintos sujetos, puesto que en los actos de comunicación que se realizan a través de los medios masivos toman parte: los medios en tanto personas jurídicas que ejercen su libertad de expresión, los periodistas y comunicadores sociales que operan a través de los medios y que ejercen tanto su libertad de expresión como su derecho al trabajo, las personas que sin ser periodistas o comunicadores transmiten a través de estos canales sus expresiones, y la audiencia. Además, está de por medio el ejercicio de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad de sus dueños, y la preservación de los derechos fundamentales de terceros potencial-

mente afectados por las publicaciones o transmisiones realizadas. Cada uno de estos sujetos, así como los distintos derechos en juego, deben ser cuidadosamente considerados en cada caso particular para efectos de lograr una armonización concreta de todos.

4.4.5. *La libertad de prensa conlleva una responsabilidad social.* Por mandato expreso del artículo 20 superior, los medios de comunicación tienen responsabilidad social; esta responsabilidad se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrático. La responsabilidad social de los medios de comunicación tiene distintas manifestaciones. En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de *i)* veracidad e imparcialidad, *ii)* distinción entre informaciones y opiniones, y *iii)* garantía del derecho de rectificación.

4.4.6. *Regulaciones estatales expresamente previstas en la carta política, y sujeción a limitaciones concretas respetuosas de la totalidad de las condiciones constitucionales.* Como contrapeso al poder social de los medios y en tanto efecto de las importantes responsabilidades que pesan sobre ellos, la Constitución Política admite que el ejercicio de la libertad de prensa está sujeto a dos tipos de limitaciones.

a) Por una parte, existen ciertas limitaciones expresamente previstas en la Constitución respecto de ciertos tipos de medios de comunicación, que facultan a las autoridades para establecer algunas regulaciones de su funcionamiento —como lo son *i)* el artículo 20, en el sentido de que los medios de comunicación son libres pero tienen responsabilidad social, disposición que la jurisprudencia constitucional ha interpretado como facultad para que el legislador determine los alcances de dicha responsabilidad posterior; *ii)* el artículo 7o., que leído en conjunción con el artículo 20 superior permite al Estado regular para asegurar la equidad y pluralidad en el manejo de la información por los medios de comunicación, según ha interpretado

esta corporación; *iii*) el artículo 75, que atribuye al espectro electromagnético el carácter de *“bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”*, con garantía constitucional de *“la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley”*, y con atribución constitucional expresa al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en el uso de dicho espectro, lo cual ha sido interpretado por la Corte como una autorización para el establecimiento de un régimen diferenciado de regulaciones estatales para los distintos medios de comunicación, según hagan uso o no del espectro electromagnético, con cumplimiento de ciertas condiciones por el legislador; *iv*) los artículos 76 y 77, que facultan al Estado para regular los servicios de televisión a través de un organismo especial encargado de esta función; y *v*) el artículo 365, que sujeta la prestación de los servicios públicos a la regulación del Estado por medio de la fijación del régimen legal correspondiente, según el tipo de medio de comunicación—.

b) Por otra parte, la libertad de prensa, como los otros dos elementos constitutivos de la libertad de expresión en sentido genérico, puede estar sujeta a limitaciones concretas que sean plenamente respetuosas de la totalidad de condiciones constitucionales que se examinan en el capítulo siguiente, con la cualificación adicional de que, por tratarse del ejercicio de una libertad tan cara a la democracia, las autoridades tienen un margen de apreciación menor para determinar la existencia de una necesidad social imperativa que justifique el establecimiento de una limitación a este derecho. Como se indicará, cualquier limitación concreta está sujeta a un control constitucional particularmente estricto, ya que la prohibición constitucional de la censura adquiere un carácter marcadamente agudo en este ámbito y proscribete tajantemente cualquier tipo de control previo sobre la actividad de los medios que pueda equivaler a censura, por lo cual toda limitación de la libertad de prensa, efectuada por cualquier autoridad a través de un acto general o particular, se ha de asumir, de entrada, como sospechosa, y se ha de someter a un examen exigente de concordancia con la carta política, especialmente si tiene el poten-

cial de desestimular el vigoroso y sólido funcionamiento de la libertad de prensa en una sociedad abierta y pluralista.

4.4.7. *Potencial de colisión con otros derechos fundamentales, sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base de la primacía de la libertad de prensa.* La presunción de primacía de la libertad de expresión en sentido genérico sobre los otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos con los que pueda entrar en conflicto —y con los que, de hecho, entra en colisión frecuentemente—, cobra una especial dimensión en el caso de los medios de comunicación. No obstante, para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos que pueden verse afectados, existen ciertas soluciones constitucionales tales como el derecho de rectificación en condiciones de equidad, así como ciertos criterios elementales a respetar por los medios para efectos de prevenir las violaciones de los derechos ajenos, tales como el cuidado en el manejo de la información y el respeto a los parámetros fijados mediante autorregulación, por el propio medio o por una asociación de medios de comunicación.

4.4.8. *Carácter de servicio público de algunos medios de comunicación.* Por último, es relevante el carácter de *servicio público* que se adscribe al funcionamiento de ciertos medios masivos de comunicación, entre los cuales sobresalen la radio-difusión, la televisión, la telefonía celular y satelital, y el Internet. El hecho de que estos medios se clasifiquen como servicios públicos les ubica bajo el campo de aplicación del artículo 365 superior, con las consecuencias constitucionales que ello conlleva: es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del país, están sometidos al régimen jurídico establecido en la ley, y a la regulación estatal. A pesar de que cada medio tiene rasgos específicos, en lo que resulta pertinente para el caso presente, la Corte resalta que la regulación estatal únicamente puede estar orientada a garantizar la calidad y eficiencia de los aspectos técnicos, de cobertura en la prestación del servicio y accesibilidad en condiciones de igualdad y pluralismo, pero *jamás* puede recaer sobre el contenido de las expresiones e informaciones que a través de dichos medios se

transmiten. En otras palabras, ni la calidad ni la eficiencia de los servicios públicos que se prestan a través de cierto tipo de medios masivos de comunicación se pueden evaluar con base en criterios que se relacionan con el contenido de las expresiones e informaciones que a través de ellos se comunican; sólo pueden hacer referencia a los aspectos técnicos, de cobertura y de accesibilidad que se han referido. La regulación estatal de la materia, así como las decisiones adoptadas por parte de las autoridades, deben respetar el elemento crucial de libertad de expresión que está presente en este tipo de servicios públicos, y por lo tanto no puede, ni directa ni indirecta ni consecuentemente, llegar a constituir un modo proscrito de censura o de control previo sobre los contenidos de la comunicación. La naturaleza de servicio público de estos medios de comunicación no puede invocarse, en ningún caso, como justificación para intervenir sobre el contenido de la expresión, y mucho menos para restringirla o limitarla en su alcance; al contrario, por medio de la promoción de la eficacia, calidad y accesibilidad de estos medios, se ha de promover el libre flujo de expresiones diversas en la sociedad colombiana.

...

4.5. Condiciones constitucionales para la limitación de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones, por parte de las autoridades

4.5.1. La libertad de expresión, a semejanza de los demás derechos, no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión *stricto sensu*, libertad de información o libertad de prensa); puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto. Sin embargo, como se ha enfatizado en los apartes precedentes, el carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales —la presunción de cobertura de toda expresión por

el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura—.

4.5.2. Se tiene, pues, que toda limitación —a través de actos jurídicos de alcance particular o general, proferidos en ejercicio de la función legislativa, administrativa, jurisdiccional, de policía u otra cualquiera desempeñada por el Estado— de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones (libertad de expresión en sentido estricto, libertad de información o libertad de prensa) ha de presumirse, en principio, constitucionalmente sospechosa, como una invasión del derecho protegido. Esta presunción es de hecho, y admite prueba en contrario; sin embargo, compete a la autoridad que establece la limitación la carga de demostrar que están dados los exigentes requisitos constitucionales para poder fijar una limitación en este ámbito. Dada la trascendencia de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional, las limitaciones de las que es susceptible, según están plasmadas en los tratados internacionales aplicables, deben interpretarse de manera restrictiva, en forma tal que se preserve el máximo campo posible de expresión libre de interferencias estatales. Por su parte, el juez constitucional al considerar toda limitación de la libertad de expresión como una actuación *sospechosa*, debe someterla en consecuencia a un juicio estricto de revisión constitucional, verificando que estén rigurosamente satisfechos los requisitos que la Corte pasará a explicar a continuación.

...

4.5.3. El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que orientan la interpretación del artículo 20 de la carta y demás normas concordantes. Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), in-

formación y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: 1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, 2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, 3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, 4) ser posteriores y no previas a la expresión, 5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y 6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.

4.5.3.1. *Las limitaciones deben estar formuladas precisa y taxativamente en una Ley de la República.* De conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida. El nivel de precisión con el cual se han de formular las leyes correspondientes debe ser lo suficientemente específico y claro como para permitir que los individuos regulen su conducta de conformidad con ellas. Este requisito se identifica con la prohibición de limitar la libertad de expresión con base en mandatos legales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados. Si bien por las características mismas del lenguaje humano, en el que se han de redactar forzosamente las leyes nacionales, es imposible lograr un nivel absoluto de certeza en su formulación, el grado de precisión, especificidad y claridad en la definición legal de la limitación debe ser tal que evite la discriminación, la persecución o la arbitrariedad de las autoridades que habrán de hacer cumplir las leyes al respecto. También debe la definición de la limitación estar en la misma ley para evitar que sea la administración o la autoridad judicial la que llene su contenido. Estas consideraciones sobre las proyecciones del principio de legalidad en este ámbito son especialmente pertinentes, dado que buena parte de las leyes sobre la materia son anteriores a la carta de 1991 y no son leyes estatutarias.

4.5.3.2. *Las limitaciones deben perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica.* La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperiosas, que se han enumerado en términos abstractos en los tratados aplicables —la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública— pero que deben ser concretadas y especificadas en una ley.

Sobre estas finalidades, la Corte considera necesario efectuar cinco advertencias generales, antes de explicar su contenido individual: *a)* en primer lugar, deben ser objeto de una interpretación restringida, para efectos de maximizar el ámbito de la libertad de expresión; *b)* segundo, se trata de una enumeración taxativa, por fuera de la cual no caben justificaciones o finalidades adicionales para limitar la libertad de expresión; *c)* tercero, en consonancia con el principio de legalidad, no es suficiente con invocarlas en forma abstracta para justificar una limitación determinada; debe demostrarse que, en cada caso particular, están dados los elementos para considerar que efectivamente está presente un interés público concreto, específico e imperioso que se encuadre dentro de esta enumeración de finalidades abstractas. En otras palabras, el interés público que se pretende materializar mediante una limitación a la libertad de expresión, debe ser enunciado en forma concreta y específica en cada caso, con referencia a las características propias del mismo, y no recurriendo a una simple formulación abstracta y vaga, que en sí misma equivaldría a una forma de cheque en blanco para lesionar la libertad constitucionalmente protegida; *d)* la formulación concreta y específica del interés público que se persigue mediante la limitación, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática y del Estado social de derecho (C.P., artículo 1o.); y *e)* la referida formulación concreta y específica de las finalidades perseguidas con la limitación también debe ser compatible con el principio de la dignidad humana.

...

4.5.3.3. *Las limitaciones deben ser necesarias para el logro de la finalidad que persiguen y proporcionadas.* El tercer requisito establecido en los tratados internacionales para que las limitaciones de la libertad de expresión sean aceptables, es que deben ser *necesarias y proporcionadas* para el logro de la finalidad que se persigue. En este sentido, toda limitación de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones debe ser sometida por el juez constitucional a un test estricto, en virtud del cual la autoridad que busca adoptar la limitación debe demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes elementos:

a) La finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad *imperiosa, apremiante, específica y concreta* de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido —de manera precisa y clara— del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública...

b) La limitación concreta a adoptar debe estar permitida —en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 superior, y a la cual se hará referencia detallada posteriormente—;

c) La relación entre la limitación a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente. En efecto, la limitación que se pretende justificar para desvirtuar las presunciones anteriormente mencionadas, debe ser un medio *i) materialmente necesario* —en el sentido de que no hay otro medio disponible para el logro de la finalidad perseguida en las circunstancias concretas—, y *ii) lo menos restrictivo posible* del ejercicio de la libertad de expresión —por lo tanto, de existir un medio alternativo menos restrictivo para

alcanzar la finalidad imperiosa, concreta y específica, la limitación de la libertad de expresión será contraria a este derecho fundamental y tenerse por violatoria de la libertad de expresión—;

d) La incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal forma que son inadmisibles las limitaciones excesivas. El requisito de *proporcionalidad* exige una particular atención por parte de las autoridades, tanto de aquella que adopta la limitación como de la que revisa su constitucionalidad. Esta proporcionalidad se determina, no sólo evaluando si no existe una desproporción manifiesta entre la limitación y la finalidad que se busca, sino estableciendo en forma *positiva* que la relación entre ambos extremos —el fin buscado y el alcance de la limitación— logra un equilibrio adecuado...

4.5.3.4. *Las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura.* Por mandato expreso del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. La única excepción parcial a esta regla, establecida en el numeral 4 del mismo artículo, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación *previa* a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que *regulen* el acceso de menores de edad a espectáculos públicos; excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos. Como se verá en el capítulo siguiente, la censura previa se diferencia de las prohibiciones legales previas con establecimiento de responsabilidades posteriores.

4.5.3.5. Finalmente, subraya la Corte que la carga de demostrar que se han cumplido estos requisitos recae sobre la autori-

dad que adoptó la limitación a la libertad de expresión, de conformidad con lo señalado en la sección 4.1.4. sobre las cargas definitoria, argumentativa y probatoria.

4.6. *El alcance de la prohibición constitucional de la censura*

4.6.1. *Carácter absoluto de la prohibición.* La censura, en términos generales, supone el control previo de lo que se va a expresar y el veto de ciertos contenidos expresivos antes de que la información, opinión, idea, pensamiento o imagen sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad potencialmente receptora del mensaje censurado ejercer su derecho a la libertad de expresión. La prohibición constitucional e internacional de la censura es absoluta. Dice el artículo 20 superior, en términos tajantes, que “*No habrá censura*”, y no deja margen de regulación al legislador ni admite interpretaciones que reduzcan su alcance. La prohibición de la censura se establece en el artículo 20 de la carta de manera perentoria, sin matices, sin excepciones y sin confiar al legislador la regulación de la materia.

4.6.2. *La censura afecta a todos los titulares del derecho a la libertad de expresión.* Los actos de censura violan los derechos de todos los titulares de la libertad de expresión, tanto del emisor como del receptor, por lo cual constituye, además de un cercenamiento de la libertad individual de expresarse, un desconocimiento del derecho del público a recibir informaciones y opiniones.

4.6.3. *Diferencia entre la censura previa y las prohibiciones con responsabilidad ulterior.* Ahora bien, la carta política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión; en este sentido, ha precisado la jurisprudencia que la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la carta política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con esta-

blecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental. Las prohibiciones previas que no cumplan con los requisitos estrictos aplicables a cualquier limitación de la libertad de expresión, constituyen violaciones de la libertad de expresión. El control constitucional al que se sujetan tales prohibiciones previas es particularmente estricto, en especial si la limitación incide en el ejercicio de la libertad de prensa. La proscripción de la censura previa, unida a la admisibilidad de cierto tipo de responsabilidades posteriores, ha llevado a esta corporación a concluir que no puede establecerse ningún tipo de control previo sobre la actividad expresiva, en particular la que se realiza a través de los medios de comunicación. Como consecuencia de esta distinción entre censura previa y limitaciones con responsabilidades posteriores, se tiene que el libre ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación, que debe garantizarse plenamente en un Estado social y democrático de derecho, no riñe con la responsabilidad social de tales medios, ni con los derechos de los destinatarios de los mensajes transmitidos, quienes pueden reclamar posteriormente, por las vías legales, la protección a que haya lugar por los eventuales perjuicios causados por la actividad de comunicación masiva.

4.6.4. *Ninguna autoridad estatal puede incurrir en censura.* Los actos de censura no pueden ser efectuados por ninguna autoridad, sin importar su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ni la función estatal concreta que ejerce—sea legislativa, administrativa, jurisdiccional, policiva u otra—, por medio de actos de contenido general o particular...

4.6.5. *Diversos modos de censura prohibida.* Los actos de censura proscrita pueden asumir diversas formas, desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expresos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo que surten, sin embargo, el mismo efecto perverso que la censura sobre la expresión y quedan, por lo tanto, cobijados por la prohibición.

Además, la censura prohibida puede tener un contenido negativo —en el sentido de obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir una publicación, bien sea en su totalidad o exigiendo que ésta se recorte— o un contenido positivo —en el sentido de exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones u opiniones adicionales impuestos por éste—. La Corte Constitucional ha explicado que la prohibición de la censura cobija todas las formas y grados de control previo sobre la libertad de expresión, información, prensa y los demás tipos de comunicación, y todas las formas y grados de interferencias, obstáculos o restricciones orientadas a limitar la circulación de ideas, informaciones y opiniones. Dentro de esta amplia tipología de formas de censura proscritas, la censura en su sentido clásico es la más aberrante y grave de todas, pero hay múltiples modos de control previo directo e indirecto que también están prohibidos. La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas. Además de estas cuatro categorías genéricas, resalta la Corte que la prohibición de la censura cobija *cualquier* tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, una enumeración de actos estatales que, a título enunciativo, ilustran el tipo de controles políticos y económicos directos e indirectos, distintos a los modos de control anteriormente enunciados, que atentan contra la independencia de los medios de comunicación y están igualmente proscritos por la prohibición constitucional de la censura: la utilización del poder del Estado y los recur-

sos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento privilegiado o la negación retaliatoria de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de castigar o premiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Compete al juez constitucional determinar en cada caso si se está ante una forma de censura proscrita, o ante una responsabilidad posterior que satisface las condiciones anteriormente enunciadas para limitar, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la libertad constitucional de expresión.

4.6.6. *Neutralidad frente al contenido de lo expresado y admisibilidad de las regulaciones de modo, tiempo y lugar.* Un componente integral de la prohibición de la censura es la regla según la cual toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser *estrictamente neutral* frente al contenido de lo expresado. Esta regla cubre no sólo las limitaciones que privilegian un determinado punto de vista, sino también aquellas que restringen la expresión sobre determinados temas o determinadas formas de tratar un tema en particular; el supuesto subyacente es que en una sociedad democrática, abierta y pluralista, no pueden existir instancias encargadas de determinar cuáles contenidos son “correctos” o “legítimos”. En aplicación de esta regla, ha establecido la jurisprudencia constitucional que se configura una censura proscrita cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido; la Corte ha resaltado que las autoridades no pueden entrar a evaluar ni mucho menos recortar o modificar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no, y que se configura censura cuando se prohíbe, recoge, suspende,

interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos. A la luz de la regla sobre neutralidad frente al contenido de la expresión, entonces, tanto las prohibiciones de comunicar determinados contenidos como las exigencias positivas de modificarlos o adaptarlos quedan cobijadas, en tanto interferencias inadmisibles de las autoridades, por la prohibición constitucional de la censura.

Por otra parte, se ha distinguido entre regulaciones que versan sobre el contenido de lo expresado, de un lado, y regulaciones relativas al tiempo, modo y lugar en que el emisor ejerce libremente sus derechos, de otro lado. La regla de neutralidad frente al contenido de las expresiones no impide que las autoridades establezcan limitaciones razonables que se refieran, no al contenido de la expresión, sino al modo, tiempo y lugar en que ésta se realiza, siempre y cuando estas limitaciones cumplan con los demás requisitos constitucionalmente exigibles, que se señalaron en la sección 4.5. de esta sentencia; algunos ejemplos de este tipo de limitaciones neutrales frente al contenido serían las normas que limitan los decibeles de sonido amplificado permitido en barrios residenciales (independientemente del contenido o los mensajes de tal sonido), o las órdenes que mantienen a quienes protestan públicamente a cierta distancia de un edificio especialmente protegido, en forma independiente del sentido o impacto comunicativo de la expresión.

...

4.7. *Las expresiones cuyo contenido es sexualmente explícito, indecente, chocante o socialmente ofensivo:*
situación constitucional en el ordenamiento colombiano

...

4.7.1. *Los tipos de expresiones sexualmente explícitas.* Es necesario aclarar previamente que el concepto de lo sexualmente

explícito abarca múltiples fenómenos desde, en un extremo, un chiste inocente hasta, en otro extremo, la pornografía con violencia. Entonces, hay diferentes tipos de expresiones sexualmente explícitas, según diversos criterios entre los cuales cabe destacar las características de la expresión, el lenguaje empleado y el contexto del emisor y el receptor. Por eso, los criterios sobre pornografía no son automáticamente trasladables a toda expresión sexualmente explícita, ya que las características de la pornografía y la obscenidad permiten distinguirla. Además, en el derecho comparado al abordar este tema se ha subrayado la diferencia entre imágenes, es decir, el lenguaje visual, y palabras, o sea lenguaje verbal, dado que en lo que respecta a lo sexualmente explícito, una cosa es una imagen visual (*i.e.* escenas que muestran órganos sexuales) otra bien distinta una palabra que denomina el objeto de la imagen (*i.e.* el vocablo empleado para nombrar los órganos sexuales). Adicionalmente, el contexto dentro del cual se emite cierta expresión sexualmente explícita también es relevante, en la medida en que el significado y la connotación de la misma expresión varían según el ámbito en que ésta sea recibida. Así, cierta expresión sexualmente explícita comunicada en un contexto académico o artístico puede ser recibida de manera diferente a si ésta misma expresión se emite en un contexto publicitario. Incluso imágenes idénticas tienen alcances diversos dependiendo del contexto en que sean exhibidas, *v.gr.*, una fotografía de un desnudo completo expuesta en una galería y la misma fotografía empleada como base de una propaganda comercial.

Subraya la Corte que en el presente caso la expresión sexualmente explícita dista mucho de lo pornográfico y de lo obsceno. Se trata de expresiones verbales que aluden a temas sexuales, y estas expresiones son ocasionales dentro de un programa radial que abarca múltiples materias, como se verá posteriormente.

4.7.2. *El debate jurídico en el derecho comparado sobre la obscenidad, la pornografía y los materiales sexualmente explícitos no obscenos ni pornográficos. Relevancia constitucional en Colombia.* La regulación estatal de las expresiones de contenido sexual, y su cobertura por la cláusula de libertad de expre-

sión, son algunos de los temas que mayor debate y análisis han generado en el derecho comparado, particularmente en los sistemas de derecho anglosajón; ello se explica, en parte, por el rango excepcionalmente amplio de temas y problemas específicos que cubre la regulación estatal de este tipo de expresión. El desarrollo de estos debates en cada una de las jurisdicciones extranjeras en los que han tenido lugar, obedece a las particularidades jurídicas, políticas e históricas de sus respectivas sociedades; por ello, se trata de controversias y doctrinas jurisprudenciales que no pueden incorporarse directamente al ordenamiento colombiano, sin examinar críticamente su sustento y sus razones subyacentes. Sin embargo, el estudio de estas controversias y doctrinas, así sea somero, contribuye a iluminar las condiciones constitucionales que pueden justificar una mayor o menor protección a formas de expresión sexualmente explícitas...

4.7.2.1.

...

La Corte Constitucional considera indispensable resaltar en este punto que, en Colombia, *no están presentes dichas especificidades*. Por una parte, la legislación colombiana no penaliza ni la obscenidad ni la pornografía, por lo cual no existe en nuestro país una decisión político-legislativa que suscite debates jurisprudenciales tan álgidos como los existentes en dichos países. En aplicación del principio constitucional de legalidad, las conductas que no estén expresamente prohibidas a los particulares, se han de entender permitidas (artículo 6o., C.P.). Por otra parte, la sociedad colombiana, que constitucionalmente se ha caracterizado como una estructura plural basada en el respeto de la diversidad, no comparte una sola postura o actitud frente a las expresiones de contenido sexualmente explícito, y mal harían tanto el Congreso como los administradores y los jueces en privilegiar una determinada perspectiva de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema. En consecuencia, *la caracterización de lo sexualmente explícito como una forma de expresión excluida de protección constitucional, no es un elemento que esté presente en el or-*

denamiento constitucional colombiano. Sin embargo, en lo que respecta a los menores de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones específicas en su artículo 17, orientadas a resguardarlos de la exposición a expresiones que puedan ser lesivas para su proceso de desarrollo, norma que es relevante al momento de establecer el ámbito de protección constitucional de este tipo de expresiones. Además, precisa la Sala que la ausencia de estos elementos específicos del contexto colombiano no obsta para que en el futuro se desarrollen parámetros, criterios o medidas legales o jurisprudenciales específicamente referidos a las categorías de “obscenidad”, “pornografía”, “materiales sexualmente explícitos”, etcétera, siempre dentro del respeto de la diversidad y el pluralismo democrático.

El efecto primordial de esta particularidad del ordenamiento colombiano, es que *el lenguaje sexualmente explícito está amparado, en principio, por la presunción constitucional de cobertura de la libertad de expresión, por la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación estatal de su divulgación, y por la presunción de primacía frente a otros derechos con los cuales puedan entrar en conflicto*. El orden plural establecido por el Constituyente de 1991, el respeto por la diversidad y el posicionamiento crucial de la libertad de expresión en nuestro país justifican esta postura, fundamentada en el principio *pro-libertate* y respetuosa de las razones filosóficas, históricas y prácticas que compelen a las autoridades colombianas a privilegiar la libertad de expresión entre los demás derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos.

...

Precisa la Corte a este respecto que cuando se trata de proteger los derechos de los niños de los daños específicos que puedan sufrir por la exposición a este tipo de materiales —hipótesis que, reitera la Corte, se distingue de la pornografía infantil, que está completamente prohibida en toda circunstancia y modalidad—, no hay duda sobre la legitimidad de las autoridades para establecer limitaciones razonables, proporcionadas y respetuosas de los requisitos constitucionales en comento...

4.7.2.2. En resumen, las expresiones sexualmente explícitas no han sido excluidas de protección constitucional. Éstas, sin embargo, tienen diversas manifestaciones, lo cual permite distinguir conceptualmente lo obsceno y pornográfico, de otras expresiones sexualmente explícitas. Los casos en los cuales se ha abordado el tema, han versado generalmente sobre materiales con imágenes, que a su turno han sido clasificadas en imágenes de desnudez y sexo, de un lado, e imágenes pornográficas u obscenas, de otro lado. En lo que respecta al lenguaje verbal sexualmente explícito, la situación constitucional es diferente por ser claramente distinguible de la pornografía y la obscenidad. La regulación del lenguaje verbal sexualmente explícito podría estimarse ajustada a la Constitución cuando se verifique, en cada caso, que se han establecido limitaciones puntuales, plenamente respetuosas de las condiciones señaladas en el capítulo correspondiente de esta sentencia, para efectos de armonizar proporcionada y razonablemente el ejercicio de esta manifestación del derecho a la libertad de expresión con los derechos ajenos con los cuales pueda entrar en conflicto, principalmente, los derechos de los niños y los derechos de los adultos que no han dado su consentimiento para acceder a estos materiales a no verse ofendidos en sus convicciones íntimas por los mismos. Pero, como se dijo, toda limitación debe asumirse como sospechosa de entrada y sujetarse a un control estricto de constitucionalidad, en el cual quien pretenda limitar la libertad de expresión debe cumplir las cargas definitoria, argumentativa y probatoria mencionadas en esta sentencia.

4.7.4. *Expresiones soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas.*

La regla sobre protección de las expresiones socialmente diversas, inusuales o alternativas, se aplica también a las expresiones que son consideradas como soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas, de conformidad con los parámetros de decencia que rigen en un momento determinado a cierto sector de la sociedad. Según ha explicado la jurisprudencia consti-

tucional, dentro de una sociedad plural como la colombiana el Estado —en cumplimiento de la regla de neutralidad frente al contenido de las expresiones— no puede privilegiar un determinado criterio de decencia o de estética, como no puede tampoco adoptar un determinado patrón de “buen gusto” o “decoro”, ya que no hay parámetros uniformemente aceptados para delimitar el contenido de estas categorías, que en consecuencia constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles. El Estado no tiene un título constitucional para regular la calidad o la decencia del lenguaje verbal que se utilice en público, en ausencia de riesgos inminentes y serios para el orden público o de derechos de terceros amenazados por el uso de dicho lenguaje, como sucede con los descalificativos discriminatorios con connotación sexual.

...

4.8. *Difusión de expresiones sexualmente explícitas, soeces o chocantes a través de los medios masivos de comunicación, particularmente de la radio*

4.8.1. *Consideraciones generales*

4.8.1.1. Una vez establecido lo anterior —o sea, que *a)* las formas de expresión de contenido sexualmente explícito, soez o chocante gozan de protección constitucional en nuestro país, y que *b)* aunque están sujetas a un margen mayor de limitación estatal para efectos de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás, toda limitación se ha de asumir como constitucionalmente sospechosa de entrada, y sujetarse a un control de constitucionalidad estricto para verificar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones para limitar la libertad de expresión antes enunciadas—, procederá la Corte a examinar cuál es el *status* constitucional de las transmisiones que se hagan de expresiones de esta índole a través de los medios de comunicación, con particular atención a los casos en que la audiencia incluye menores de edad. En efecto, una cosa

es el *status* de las expresiones soeces, chocantes, sexualmente explícitas, escandalosas o vulgares en sí mismas consideradas, y otra distinta es el *status* de su transmisión a través de los medios masivos de comunicación, la cual —aunque forma parte integrante de la libertad de expresión que a través de ellas se manifiesta— les imprime unos rasgos característicos, con relevancia constitucional clara por su impacto.

...

4.8.1.3. El ejercicio de ponderación que está llamado a efectuar el juez constitucional en estos casos se puede facilitar si se tienen en cuenta las soluciones a las que han llegado los tribunales nacionales, extranjeros e internacionales en casos similares o comparables, en los que se ha hecho uso de un determinado medio de comunicación para transmitir mensajes sexuales, soeces o potencialmente ofensivos. La Corte se detendrá a hacer este ejercicio por considerarlo útil y relevante en este caso, porque fue un programa radial que empleó lenguaje sexualmente explícito el que fue objeto de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para estos efectos, se aludirá brevemente a una serie de casos internacionales, extranjeros y nacionales en los que la resolución de problemas jurídicos comparables a los que ocupan la atención de la Sala ha desembocado en soluciones que armonizan los derechos confrontados, según las circunstancias de cada caso específico.

La jurisprudencia nacional, internacional y comparada ha examinado el alcance de la protección de expresiones con contenidos sexuales, soeces, ofensivos y chocantes, difundidos a través de diferentes medios de comunicación: libros, correspondencia, películas de cine, servicios telefónicos, exhibiciones artísticas, transmisiones radiales, programas de televisión, páginas de internet. El alcance de la libertad de expresión, los intereses y derechos con los cuales se ha de ponderar, y la solución concreta, varía en función de cada medio, porque sus características específicas imprimen al mensaje que se transmite unas características, un impacto y un alcance particulares. Estas diferencias son jurídicamente significativas, por lo cual la Corte ha examinado con algún detalle los casos en que

se han resuelto problemas jurídicos de esta índole en relación con cada medio en particular, y haciendo énfasis en la radiodifusión. El examen de tales casos proporciona las siguientes guías interpretativas sobre la forma de resolver el conflicto planteado entre libertad de expresión y otros intereses constitucionalmente protegidos en casos de transmisión de contenidos sexuales, soeces o chocantes por los medios de comunicación:

a) Las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, gozan de protección constitucional por las libertades de expresión, información y prensa, pero éstas admiten un mayor margen de regulación para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos ajenos que pueden verse afectados, margen que variará en su amplitud dependiendo de dos factores principales: el impacto del medio de comunicación utilizado, y las características de la audiencia a la cual se dirige. En otras palabras, las autoridades gozan de un margen constitucional para establecer limitaciones razonables y proporcionadas sobre la difusión social de este tipo de expresiones, para efectos de proteger simultáneamente los derechos de los demás, pero sin que ello implique que están facultadas para suprimir estas expresiones o impedir su transmisión a través de los medios de comunicación mediante censura.

b) El *impacto* del medio, en tanto factor que amplía o reduce el margen de limitación del que es susceptible este tipo de expresiones, varía de conformidad con los siguientes rasgos concretos de cada medio de comunicación en particular: *i)* su carácter intrusivo, y la posibilidad que tiene la audiencia de controlar o evitar la recepción del mensaje (es decir, la existencia de “audiencias cautivas”); *ii)* el margen de reflexión que el medio de comunicación permite al receptor de la información; *iii)* el espacio público o privado al cual llega el mensaje a través de cada medio de comunicación en particular; y *iv)* la posibilidad del receptor de optar por otras alternativas de mensajes a través del mismo medio de comunicación. La incidencia sobre los derechos de los receptores de la información se torna más severa a

medida que aumentan o disminuyen estos factores en relación con cada medio de comunicación concreto; así, entre más intrusivo sea un determinado medio —como sucede con la radio o la televisión— y menos posibilidad admita de control por parte del receptor del tipo de información que se recibe, existirá un mayor margen de regulación, para efectos de preservar el derecho de la audiencia a no ser expuesta a expresiones a las cuales no desea estar expuesta, y de las cuales solo puede resguardarse privándose de acceder al medio masivo de comunicación correspondiente; por el contrario, entre menos intrusivo sea el medio de comunicación y mayor margen de escogencia ofrezca a su receptor —como sucede con los libros o los signos expuestos en lugares públicos—, menor será el margen admisible de limitación de la libertad de expresión por parte del Estado. En igual sentido, entre mayor sea el margen de reflexión que permite el medio de comunicación a los receptores, menor será el margen de limitación de las autoridades; este margen de regulación se hace mayor cuando el medio de comunicación surte su impacto directa y esencialmente en el espacio privado del hogar; y disminuirá entre más alternativas u opciones tengan los receptores de acceder a otro tipo de expresiones a través del mismo medio de comunicación, por ejemplo, cambiando de canal de televisión o de emisora de radio, o accediendo a otra página de internet.

c) El *carácter* de la audiencia se refiere, fundamentalmente, a la presencia de menores de edad o de adultos que no consienten y que no están en condiciones de resistir la exposición a las expresiones que pueden considerar seriamente ofensivas de sus derechos. En la medida en que aumente la probabilidad de que este tipo de sujetos de especial protección constitucional estén presentes de manera predominante en la audiencia o en el grupo de receptores de un medio de comunicación determinado, aumentará el margen con el que cuentan las autoridades para establecer limitaciones razonables y proporcionadas encaminadas a armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con los otros derechos que pueden estar en juego.

d) En cualquier caso, independientemente del impacto del medio y del carácter de la audiencia, toda limitación establecida sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa en los casos de difusión de expresiones explícitamente sexuales, soeces o chocantes a través de los medios de comunicación, está sujeta a un control constitucional estricto por parte de los jueces para determinar el cumplimiento de los requisitos que debe reunir este tipo de limitaciones —según se reseñaron en las secciones 4.5 y 4.6 precedentes—, y está sometida a la sospecha de inconstitucionalidad correspondiente y a la prohibición de la censura.

4.8.2. Rasgos específicos de la radiodifusión que inciden sobre el impacto del mensaje transmitido.

Al considerar el caso específico de la radiodifusión de mensajes sexualmente explícitos, soeces o chocantes, resultan relevantes las siguientes características de la radio en tanto medio de comunicación, que a su vez delimitan el margen con el que cuentan las autoridades para introducir limitaciones, que no impliquen censura, a su ejercicio en casos concretos:

4.8.2.1. Se trata de un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben, en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita.

4.8.2.2. Su impacto se surte tanto en los espacios privados como en los públicos.

4.8.2.3. Por las facilidades tecnológicas existentes hoy en día, se trata de un medio que es altamente accesible a toda la población, incluidos los menores de edad; sobre el acceso de los menores a este medio de comunicación cabe la posibilidad de supervisión por parte de los padres de familia y educadores, pero no se trata de una supervisión que siempre sea oportuna y/o eficaz.

4.8.2.4. Los desarrollos tecnológicos de los últimos años han marcado un aumento exponencial en el número y diversidad de estaciones de radio a las que tienen acceso los ciudadanos en

general, tanto a través de las distintas amplitudes y frecuencias de las ondas transmitidas a través del espectro electromagnético, como a través de transmisiones por Internet o por cable. Esta mayor diversidad marca un contraste importante con la situación predominante durante las primeras décadas del desarrollo de la radio y hasta hace pocos años, en las cuales la escasez de frecuencias justificaba cierto tipo de regulaciones estatales. Esta mayor diversidad también reduce el alcance de las regulaciones y potencia la libertad de emisores y receptores.

4.8.2.5. La radiodifusión tiene una dimensión de servicio público que es relevante, pero que no hace desaparecer su dimensión esencial de ser un medio para difundir ideas, opiniones e informaciones constitucionalmente protegidas, de tal forma que no se puede invocar el interés estatal en promover la eficiencia o calidad del servicio como justificación para intervenir sobre el contenido de la programación radial; como se indicó anteriormente, la potestad de regulación, inspección y vigilancia que asiste al Estado respecto de la radiodifusión en tanto servicio público que utiliza el espectro electromagnético, se agota en los aspectos meramente técnicos de la prestación del servicio y en la garantía de igualdad y pluralismo en el acceso a las ondas radiales, y no se proyectan sobre el contenido de la programación como tal para establecer qué se puede decir y qué no se puede decir...

II. EXAMEN DEL CASO CONCRETO

1. *Identificación de los derechos en juego, de su alcance específico en el contexto concreto del caso, y del estándar de control constitucional a aplicar sobre las limitaciones establecidas por las autoridades judiciales y administrativas*

En este caso, un medio radial controvierte mediante una acción de tutela la legitimidad constitucional de las sentencias judiciales que reprocharon el contenido de un programa transmitido de 5:30 am a 10:00 am, de lunes a viernes, en el cual a veces se había usado lenguaje verbal sexualmente explícito, en

ocasiones soez o chocante para la fundación que acudió a una acción popular para impedir que el programa continuara. También se atacan las medidas que adoptó el Ministerio de Comunicaciones como consecuencia de las órdenes impartidas en tales sentencias. Según la tipología mencionada en la sección 4.7.1. de esta sentencia, las palabras en ocasiones empleadas por quienes conducen dicho programa no pueden tenerse como pornográficas ni obscenas. Aluden a manifestaciones de la sexualidad, pero el que puedan parecerle a alguien chocantes o soeces no permite asimilarlas a expresiones obscenas ni mucho menos a la pornografía. Tales manifestaciones, cabe resaltar, no son el objeto mismo del programa radial, por lo cual el lenguaje verbal sexualmente explícito es ocasional y se inscribe en un contexto de un programa radial matutino.

...

Nota además la Sala que, a pesar de sus contenidos sexualmente explícitos —que para algunas personas podrían resultar chocantes, vulgares, soeces, groseros o de mal gusto—, este programa no transmite materiales propiamente pornográficos ni obscenos. Tampoco se transmiten a través de él contenidos que encuadren bajo alguna de las cuatro categorías que no están cubiertas por la presunción de protección de la libertad de expresión —*v.gr.* incitación a la guerra o la violencia, discurso del odio, pornografía infantil o instigación al genocidio—, ni que por su carácter e impacto puedan categorizarse como incitación a la comisión de delitos sexuales con menores de edad como partícipes en tanto sujetos activos o víctimas.

La Sala concluye que los contenidos del programa “El Mañanero de La Mega” son, dentro de su variedad y a pesar de incluir elementos sexuales, soeces y chocantes, *expresiones protegidas por la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 superior*. En consecuencia, *en relación con la totalidad de los contenidos del programa “El Mañanero de La Mega” se aplican las tres presunciones constitucionales a las que da lugar la aplicación del artículo 20 superior: i) la presunción de cobertura de la expresión en cuestión por el ámbito de protección de la libertad constitucional, ii) la sospecha de inconstitucionalidad de*

cualquier limitación del ejercicio de esta libertad por las autoridades, y *iii*) la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre los derechos con los que pueda entrar en conflicto en relación con este proceso comunicativo en concreto.

Por lo tanto, las intervenciones estatales sobre el contenido del programa “El Mañanero de La Mega”, que han dado lugar al proceso de tutela de la referencia, se han de asumir de entrada por el juez constitucional como sospechosas, y sujetarse a un estándar estricto de escrutinio a la luz de la carta política, sin que el hecho de que tales intervenciones provengan de una autoridad judicial las haga inmunes al control constitucional. Así, para desvirtuar dicha sospecha, es necesario para el que adoptó la limitación de la libertad de expresión cumplir los requisitos y cargas analizadas en la presente sentencia.

...

5. Síntesis de la ratio decidendi de la presente decisión

5.1. La importancia trascendental de la libertad de expresión dentro del orden constitucional colombiano tiene cuatro consecuencias principales: *a*) una presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección de esta libertad fundamental, *b*) una sospecha de inconstitucionalidad respecto de cualquier limitación o regulación estatal de su ejercicio, *c*) una presunción de primacía de la libertad de expresión respecto de los demás derechos fundamentales con los que pueda entrar en conflicto, y *d*) una presunción de violación del artículo 20 superior por todo acto que constituya censura. Ello, sin perjuicio de la protección de los derechos de los niños, que están sujetos a un nivel reforzado de amparo constitucional y deben, a la luz del interés superior de los menores, armonizarse con el ejercicio de la libertad de expresión.

5.2. De la trascendencia de la libertad de expresión en el orden jurídico colombiano también se derivan ciertos requisitos especiales que han de cumplir las autoridades que pretenden establecer limitaciones o regulaciones sobre su ejercicio, a saber: tres *cargas constitucionales* que se deben satisfacer en for-

ma estricta —la carga definitoria, la carga argumentativa y la carga probatoria—, respecto del cumplimiento de cada una de las siguientes condiciones constitucionales de la limitación o regulación a adoptar: 1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, 2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica en atención a las circunstancias del caso, 3) ser *necesaria* para el logro de dichas finalidades, 4) ser posterior y no previa a la expresión, 5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y 6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada. El cumplimiento celoso de estos requisitos, que está sujeto a un escrutinio estricto por parte del juez constitucional, es condición indispensable de la legitimidad constitucional de cualquier limitación a la libertad de expresión, la cual, en su ausencia, habrá de tenerse como una violación del artículo 20 superior.

5.3. Existen ciertos modos de expresión respecto de los cuales la presunción de cobertura por la libertad constitucional ha sido derrotada, en virtud de un consenso internacional plasmado en tratados internacionales vinculantes para Colombia —a saber, la propaganda de la guerra, la apología del odio, la violencia y el delito, la pornografía infantil, y la instigación pública y directa al genocidio. Todas las demás formas de expresión humana que no han sido objeto de tal consenso internacional quedan amparadas, en principio, por las cuatro presunciones derivadas del artículo 20 de la Constitución. En consecuencia, la libertad de expresión protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos— lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.

5.4. El discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad de expresión, está sujeto a un mar-

gen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad; aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que hacen legítimas las limitaciones en cuestión, y buscando la armonización concreta de los derechos, valores e intereses enfrentados

5.5. Mientras no existan fundamentos legales previos, claros, precisos y taxativos en los cuales se definan las limitaciones al lenguaje empleado por la radio, la sola emisión de expresiones sexualmente explícitas en programas matutinos es manifiestamente insuficiente para justificar limitaciones al contenido de los mensajes y al formato esencial de los programas.

5.6. No basta para limitar la transmisión radial de expresiones sexualmente explícitas con la mera invocación de la “moralidad pública” —concepto muy indeterminado—, sin precisar la forma en que ésta se materializa en el caso concreto en un interés específico objeto de protección constitucional, ni con la mención de los “derechos de los niños” en abstracto, sin cumplir celosa y estrictamente con la carga probatoria de demostrar tanto la presencia predominante de niños en la audiencia de una determinada expresión como el daño que éstos han sufrido o podrían claramente sufrir en virtud de dicha expresión.

5.7. Los derechos de los niños constituyen un bien jurídico de gran peso constitucional, por lo cual las autoridades cuentan con un importante margen de regulación para adoptar limitaciones constitucionales sobre las expresiones que potencialmente puedan lesionarlos. Sin embargo, el establecimiento de dichas regulaciones o limitaciones está sujeto a la totalidad de las condiciones constitucionales explicadas en esta sentencia, las cuales no pueden ser desconocidas por el hecho de que las limitaciones busquen materializar los derechos prevalecientes de los menores de edad ni promover su interés superior. Claramente, una limitación de la libertad de expresión que se base en la promoción de “la calidad” del servicio público de radiodifusión o en la protección genérica de “los usuarios” de dicho servicio, dista mucho de basarse en la garantía específica de los derechos de los niños.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CENSURA

5.8. La adopción de restricciones a las expresiones encaminadas a imponer una adecuación de los contenidos de lo que se puede expresar constituye una forma de censura, la cual está constitucionalmente prohibida. El hecho de que dicho control de contenidos se derive de una providencia judicial no le quita el carácter de censura.

5.9. La ausencia de una norma legal en la cual se consagren pautas específicas para resolver los potenciales conflictos entre los derechos de los niños y el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio, no obsta para que los jueces, en aplicación directa de la Constitución, acudan a un método de ponderación, aplicando las presunciones y cargas anteriormente mencionadas, para lograr la armonización de los bienes constitucionales en colisión. Sin embargo, el juez constitucional también ha de respetar los elementos que forman parte del ámbito protegido de la libertad de expresión, especialmente la prohibición de la censura y la regla correlativa de estricta neutralidad de las autoridades frente al contenido de las expresiones, mandatos que son igualmente aplicables a las soluciones que establezcan los jueces para armonizar los derechos fundamentales en conflicto. A su vez, la posibilidad de que se establezcan armonizaciones concretas de los derechos constitucionales en colisión con fundamento directo en lo dispuesto por la carta política, no obsta para que en los foros representativos donde se adoptan las leyes y políticas públicas del país se debatan a fondo estas cuestiones y se adopten decisiones de armonización plenamente respetuosas de la Constitución.

6. Conclusión

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Sala Segunda de Revisión responde así los problemas jurídicos planteados por el presente asunto:

6.1. El Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho de carácter sustantivo, en la providencia proferida para resolver en forma definitiva sobre el proceso de acción popular, consistente en que el medio escogido para proteger los derechos de los me-

nores potencialmente usuarios de la radio vulnera de manera directa el artículo 20 de la Constitución al ordenar a RCN que adecue el contenido del programa “El Mañanero de La Mega” para efectos de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad a nivel de temas y de lenguaje, confirmando al mismo tiempo la orden impartida en primera instancia al Ministerio de Comunicaciones en el sentido de que cumpliera con sus funciones de vigilancia y control, invocando la protección del derecho a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y de los derechos de los consumidores y usuarios de la radio. El cumplimiento que eventualmente se dio a esa orden, a través del comité de verificación que se implementó, desconoce la libertad de expresión. Tanto el Consejo de Estado, como el Ministerio de Comunicaciones, con los medios aplicados han violado de manera directa las libertades de expresión *stricto sensu*, información y prensa protegidas en el artículo 20 de la Constitución, en la medida en que desconoció abiertamente la regla de neutralidad de las actuaciones estatales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los contenidos del programa radial, en contravía de la jurisprudencia, e incumplió los requisitos constitucionales que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión señalados en precedentes constitucionales vinculantes. Adicionalmente, al haber dejado surtiendo efectos la decisión del Tribunal Administrativo de ordenar la constitución de un comité de verificación de la adecuación del contenido del programa “El Mañanero de La Mega” a los criterios indicados en forma vaga en sus providencias, el Consejo de Estado confirmó una decisión judicial manifiestamente violatoria de la prohibición constitucional de la censura.

6.2. Por las mismas razones, también constituye una violación directa del artículo 20 superior, así sea por consecuencia, el acto administrativo adoptado por el Ministerio de Comunicaciones en cumplimiento de los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado dentro del proceso de acción popular.

6.3. Por lo tanto, dichas medidas, así como los actos administrativos de ejecución de las mismas, serán dejadas sin efectos, con el fin de amparar la libertad de expresión de los tutelantes, en conexidad con el debido proceso.

7. Necesidad de autorregulación por el medio de comunicación concernido

En los párrafos precedentes de esta sentencia, la Corte se refirió a la necesidad de proteger a los menores de edad frente a expresiones que puedan afectar sus derechos, pero advirtió que dicha protección no puede impedir la divulgación de los contenidos que libremente escoja el titular de la libertad de expresión, ni exigir la adecuación de tales contenidos a ciertos parámetros establecidos por una autoridad pública, y mucho menos constituir censura. Igualmente, la Corte subrayó la importancia de armonizar la libertad de expresión con la protección de los derechos de los menores.

La Corte también ha constatado en esta sentencia que, a pesar de la existencia del artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006, el ordenamiento jurídico colombiano carece, en este momento, de una norma legal en la cual se establezcan regulaciones orientadas a armonizar de manera detallada, clara y específica el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio con los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia. La Corte, en tanto juez constitucional, únicamente está llamada a decidir en este caso si las sentencias objeto de la acción de tutela respetaron la Constitución —sin actuar como si fuera el juez que decide la acción popular que dio origen a dichas sentencias, ni suplantar al legislador en la fijación de parámetros legales específicos en materia de radiodifusión y protección de los menores potencialmente usuarios de dicho servicio, más allá de señalar, como intérprete autorizado de la Constitución, cuáles son los criterios para armonizar los derechos constitucionales en colisión y su contenido básico—. En atención a estas razones específicas, y en aras de promover la armonización concreta de los derechos constitucionales en jue-

go, la Sala Segunda ordenará a RCN que acuda a procesos de autorregulación que pongan de presente su responsabilidad social en tanto medio de comunicación de alto impacto y cobertura y den cumplimiento, entre otras, al ejercer su libertad de expresión protegida en la presente sentencia, a la prohibición establecida en el artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006. Las características de “El Mañanero de La Mega” realzan la responsabilidad social de RCN, dado el impacto que eventualmente pueden surtir sus transmisiones sobre los miembros de la audiencia particularmente vulnerables, sin que la orden que se impartirá en este sentido pueda ser invocada para restringir su libertad de expresión ni la de los comunicadores que trabajan en dicho medio.

Dicha autorregulación, que se ha de ejercer a través de la autonomía del correspondiente medio de comunicación, puede traducirse en diversas soluciones que armonicen los intereses y derechos constitucionales en juego; por ejemplo, en el establecimiento de criterios especiales dependiendo del horario en el cual se transmiten los programas —solución a la que se ha acudido frecuentemente en el derecho comparado—, aunque bien puede tal medio de comunicación optar por otras fórmulas, tales como confiar exclusivamente en el criterio de los productores y presentadores del programa. Depende de los directores de RCN y de los directores, editores u orientadores del programa “El Mañanero de La Mega” adoptar las pautas adecuadas para este propósito. En cualquier caso, sea cual fuere la decisión que adopten las directivas de RCN, ésta deberá ser divulgada por los canales y medios que RCN considere pertinentes, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, para efectos de que la audiencia, y en particular quienes participan en el proceso educativo de los menores que eventualmente puedan formar parte de ella, sepan a qué atenerse en relación con las transmisiones radiales efectuadas en ese horario; el de transmisión del “Mañanero de La Mega” a través de las frecuencias que RCN opera, y tomen las determinaciones que consideren apropiadas. En caso de que RCN con-

sidere insuficiente este término, podrá solicitar una extensión del mismo a la Sala Segunda de Revisión.

III. DECISIÓN

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

Resuelve

Levantar la suspensión de términos decretada en Auto del 12 de mayo de 2006.

Primero. Revocar la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S. A.-RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera, y en su lugar *tutelar* el debido proceso en conexidad con la libertad de expresión de RCN, de los presentadores del programa “El Mañanero de La Mega”, de quienes expresan sus opiniones y puntos de vista a través de este programa, y de su audiencia.

Segundo. Dejar sin efectos el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia adoptada por el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 29 de julio de 2004, en segunda instancia dentro de dicho proceso de acción popular. El numeral primero de la parte resolutive de dicha sentencia mantiene la plenitud de sus efectos así como las partes restantes de la providencia.

Tercero. Dejar sin efectos la resolución 000810 de 2005 del Ministerio de Comunicaciones.

Cuarto. Dejar sin efectos los actos jurídicos que se hubieren producido para constituir y desarrollar el funcionamiento del comité de verificación de la adecuación de los contenidos del programa radial mencionado, creado como resultado del fallo de primera instancia proferido en el proceso de acción popular.

Quinto. Ordenar a RCN que ponga en marcha un proceso de autorregulación, en ejercicio de su autonomía, que haga manifiesta su responsabilidad social al ejercer su libertad de expresión en tanto medio de comunicación de alto impacto y cobertura, en particular en relación con los menores de edad que puedan formar parte de su audiencia en las horas en que se transmite el programa “El Mañanero de la Mega”. Sean cuales fueren las decisiones adoptadas como consecuencia de dicho proceso de autorregulación, éstas habrán de hacerse públicas por el medio que RCN considere apropiado, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia. En caso de que RCN considere insuficiente este término, podrá solicitar una extensión del mismo a la Sala Segunda de Revisión.

...

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS EFECTOS EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL CON RELACIÓN A PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Sinopsis: Al resolver un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México estableció diversos criterios en materia de acceso a la justicia electoral de pueblos y comunidades indígenas. Especialmente con relación a la suplencia de la queja, el Tribunal señaló que tratándose de recursos interpuestos por estos grupos debe corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda a fin de garantizarles el acceso pleno y efectivo a la justicia electoral y el ejercicio de los derechos político-electorales, tomando en cuenta su situación particular de vulnerabilidad. Asimismo, estableció que las autoridades deben adoptar las medidas adecuadas a su especial situación al hacer de su conocimiento actos que afecten sus derechos político-electorales. Entre otros, el Tribunal invocó los artículos 1o., 3o. y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 16 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, los artículos 2o., 4o. y 12 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) de la OIT. Además, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; *Godínez Cruz vs. Honduras*; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*; *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*; *Cantos vs. Argentina*; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; y, en la Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Synopsis: *When ruling on a judgment for the protection of political-electoral rights of the citizens, the Electoral Tribunal of the Federal Judicial Power of Mexico established several criteria on access to electoral justice of indigenous peoples and communities. Especially with regard to the correction of deficiencies in the complaint, the Tribunal pointed out that in actions lodged by those groups it must correct any deficiency or insufficiency of the application in order to guarantee a full and effective access to electoral justice and the exercise of the political-electoral rights, taking into consideration their particular vulnerability. Moreover, it established that the authorities must adopt measures adequate to its special situation when notifying acts that encroach on their political-electoral rights. In its decision the Tribunal invoked, among others, the articles 1st, 3rd and 11 of the American Convention on Human Rights, articles 16 and 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights and, articles 2nd, 4th and 12 of the Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO no. 169). Moreover, the Tribunal made a reference to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Velásquez Rodríguez v. Honduras; Godínez Cruz v. Honduras; Bámaca Velásquez v. Guatemala; Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago; Cantos v. Argentina; Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay; and in the Advisory Opinion OC-11/90, Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies (articles 46(1), 46(2)(a) and 46(2)(b) American Convention on Human Rights).*

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN DE MÉXICO

EXPEDIENTE: SUP-JDC-11/2007—6 DE JUNIO DE 2007
JOEL CRUZ CHÁVEZ Y OTROS CONTRA
LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA
DEL ESTADO DE OAXACA

Vistos, para resolver, los autos del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-11/2007, promovido por Joel Cruz Chávez y otros, contra el Decreto número 365 de la Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca, mediante el cual se ratifica el acuerdo y declaración del Consejo General del Instituto Estatal Electoral de veinte de diciembre de dos mil seis, que establece la falta de condiciones necesarias para renovar concejales al ayuntamiento de Tanetze de Zaragoza, y

Resultando

I. *Antecedentes*. De la narración de hechos efectuada por los comparecientes en su escrito inicial de demanda, así como de las constancias que obran en autos se tiene lo siguiente:

a) Los promoventes afirman que desde finales del año dos mil dos, la Legislatura del estado de Oaxaca decretó la “desaparición de poderes” en el municipio de Tanetze de Zaragoza, distrito de Villa Alta, por lo que se designó un administrador municipal, sin que hasta la fecha se haya convocado a nuevas elecciones;

b) El veintidós de marzo de dos mil cinco se llevó a cabo una reunión de trabajo con el fin de llegar a un consenso respecto a la posibilidad de realizar la elección de autoridades municipales, en dicha reunión participaron tres comisiones de ciudadanos del municipio de Tanetze de Zaragoza, el director de Elecciones por Usos y Costumbres del Instituto Estatal Electoral, el subsecretario de Desarrollo Municipal del Gobierno del estado y el administrador municipal, sin que de la misma se hubiere logrado resultado alguno;

c) Según refieren los incoantes, el trece de febrero de dos mil seis, el presidente del Congreso del estado de Oaxaca les prometió verbalmente que se mandaría una comisión de diputados para evaluar la situación real en el municipio, lo que aseguran no aconteció, motivo por el cual el catorce de febrero siguiente, la “Asamblea General de Ciudadanos” del municipio de Tanetze de Zaragoza designó a sus autoridades municipales bajo el “sistema normativo indígena”.

También indican que pese a que llevaron a cabo gestiones ante las autoridades competentes del estado, para conseguir el reconocimiento de las autoridades elegidas, no obtuvieron respuesta satisfactoria, ya que se les indicó que la designación de mérito se realizó “fuera” de los tiempos establecidos;

d) Mediante oficio IEE/PCG/0518/06 de veintiuno de febrero de dos mil seis, el presidente del Consejo General del Instituto Estatal Electoral solicitó al administrador municipal en Tanetze de Zaragoza, informara la fecha y hora en la cual se realizaría la elección de la autoridades municipales para el periodo comprendido del primero de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil siete;

e) En respuesta a la solicitud señalada, por medio de los oficios 110/2006 y 126/2006 de diecisiete de octubre y treinta de noviembre de dos mil seis, respectivamente, el referido administrador municipal señaló que no existían las condiciones para llevar a cabo la elección de autoridades municipales correspondiente;

f) El dieciocho de diciembre de dos mil seis, los actores solicitaron al secretario general de Gobierno, ingeniero Manuel Gar-

cía Corpus, audiencia para tratar la situación imperante en el municipio, sin que les haya dado respuesta alguna;

g) El veinte de diciembre de dos mil seis, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, con base en el informe rendido por director de Elecciones por Usos y Costumbres, emitió un acuerdo por el cual declaró que en el municipio de Tanetze de Zaragoza no existían las condiciones necesarias, para llevar a cabo la elección de autoridades municipales bajo las normas de derecho consuetudinario;

h) El veintiuno de diciembre siguiente, la Quincuagésima Novena Legislatura del estado de Oaxaca, emitió el Decreto número 365 por el cual ratificó el acuerdo del Consejo General del Instituto Estatal Electoral, mediante el cual se declaró la imposibilidad de que en el municipio en cuestión se pueda llevar a cabo el procedimiento de renovación de concejales;

i) El mismo día veintiuno de diciembre, diversos ciudadanos, entre ellos los actores, solicitaron al Consejo General del Instituto Estatal Electoral copia certificada del “acta de resolución” en la cual dicha autoridad decretó la no existencia de condiciones para llevar a cabo la elección de autoridades municipales de referencia.

En respuesta a tal solicitud, el veintidós de diciembre siguiente el secretario general del señalado Instituto hizo del conocimiento de los peticionarios, por estrados, de la imposibilidad de obsequiar la copia certificada requerida, al considerar que no estaba debidamente acreditada la personalidad con que se ostentaron, así como que en el acuerdo solicitado se ordenó su publicación en el *Periódico Oficial* de la entidad, y

j) El día treinta de diciembre de dos mil seis, se publicaron en el Periódico Oficial, órgano del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, tomo LXXXVIII, número 52, tanto el acuerdo del Consejo General del Instituto Estatal Electoral, como el Decreto número 365 emitido por la Legislatura estatal de mérito.

II. *Asunto General*. Mediante escrito de primero de enero de dos mil siete, recibido en la Oficialía de Partes de esta Sala Superior, el once siguiente, Joel Cruz Chávez... solicitaron al ma-

gistrado presidente de esta Sala Superior, su intervención para que se “instruyera” al Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, a fin de que expidiera la copia certificada solicitada y se convocara a asamblea a efecto de que los ciudadanos del municipio de Tanetze de Zaragoza eligieran democráticamente a sus autoridades municipales.

...

Considerando

Primero. Jurisdicción y competencia. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ejerce jurisdicción y esta Sala Superior es competente para resolver el presente juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 99, párrafo cuarto, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 184, 186, párrafo primero, fracción III, inciso c), y 189, fracción I, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 4o. y 83, párrafo 1, inciso b), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, ya que se trata de un juicio promovido por ciudadanos, en forma individual, en el que alegan presuntas violaciones a su derecho político-electoral de votar en el marco de los usos y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenecen.

Segundo. Determinación del alcance de la suplencia en los juicios promovidos por ciudadanos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas para la defensa de sus derechos político-electorales. La interpretación sistemática y funcional de los artículos 2o., apartado A, fracción VIII, 17 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2o., 4o., 9o., 14 y 15 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2o., 4o., apartado 1 y 12 del *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*, y 1o., apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conduce a sostener, que los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovidos por integrantes de comunidades o pue-

blos indígenas, por medio de los cuales se plantee, como consecuencia del desconocimiento o infracción de las prerrogativas ciudadanas tuteladas con este medio de control constitucional, el menoscabo o enervación de la autonomía política con que cuentan dichos pueblos y comunidades para elegir sus autoridades o representantes conforme sus propias normas, procedimientos y prácticas tradicionales, esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está en aptitud no sólo de suplir la deficiencia en los motivos de inconformidad, en términos del artículo 23, apartado 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sino de corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda, como por ejemplo, determinar con base en los elementos existentes en autos o los que en su caso se requieran, el acto que realmente causa agravio a la parte actora, aun cuando dicho acto no se señale explícitamente en el escrito de demanda, y actuar en consecuencia, sin más limitaciones que las derivadas de los principios de congruencia y de contradicción inherentes a todo proceso jurisdiccional, en tanto se considera que semejante medida es consecuente con los postulados constitucionales que reconocen los derechos de estas colectividades y sus integrantes, además de ser idónea conforme las exigencias derivadas de la legislación federal vigente y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por México en la materia e incluso, es de naturaleza similar a las previstas por el ordenamiento federal en casos análogos en los cuales son parte en un proceso judicial, los integrantes de grupos sociales vulnerables o históricamente desprotegidos.

El criterio anunciado se apoya en los fundamentos y razonamientos que enseguida se exponen.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho fundamental de todo individuo a que se le administre justicia por los tribunales que deben estar expeditos para impartirla en los plazos y términos fijados por las leyes, mediante la emisión de resoluciones que revistan las características de prontas, completas e imparciales.

...

El derecho a una tutela jurisdiccional completa y efectiva, en términos del dispositivo invocado, comprende una serie de obligaciones para los órganos estatales a fin de hacerlo efectivo.

...

En conclusión, en el aspecto que interesa destacar para los fines de la presente resolución, el artículo 17 de la ley fundamental garantiza a todo individuo el acceso directo e inmediato a los tribunales para la defensa de sus derechos y demás intereses jurídicamente relevantes, derecho que se traduce en la obligación estatal de crear reglas y condiciones en ley tendientes a dar entrada efectivamente a las demandas en las cuales se plantee una controversia, así como a prever los mecanismos para procesar instrumentalmente los planteamientos formulados en tales demandas, hasta el dictado de un fallo en el que se aplique el derecho al caso concreto.

Ya se dijo que en la configuración legislativa de los términos y plazos para el acceso y funcionamiento de la jurisdicción debe garantizarse su expeditéz a los justiciables, y de esta forma evitarse el establecimiento de requisitos o condiciones injustificados que constituyan obstáculos para acceder en circunstancias óptimas a la impartición de justicia.

Esta garantía se extiende desde luego también a los órganos estatales no legislativos, particularmente a los de carácter judicial o jurisdiccional...

De tal suerte, el derecho fundamental a una tutela jurisdiccional completa y efectiva tiene como presupuesto necesario, para el acceso a los tribunales de justicia, la ausencia de obstáculos económicos (costas judiciales) y técnicos que no encuentren justificación en otro bien o valor constitucionalmente protegidos (requisitos derivados de la naturaleza de los procesos jurisdiccionales, tales como legitimación en la causa y en el proceso, plazos y términos para incoar y desahogar el procedimiento, y dictar la resolución, etcétera).

Por su parte, el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene los derechos reconocidos a las colectividades indígenas (pueblos y comunidades) y a sus

integrantes, así como otras disposiciones de corte prestacional encaminadas a garantizar y complementar aquellos.

En lo fundamental, los derechos inherentes al reconocimiento constitucional a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, y en consecuencia a su autonomía, están recogidos en el apartado A del precepto en cita, entre los cuales está previsto, en la fracción VIII, *“Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los derechos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”*.

La comparación entre lo dispuesto en el precepto recién transunto y lo establecido en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional hace patente que ambos enunciados, más allá de las frases y palabras empleadas, proclaman esencialmente el acceso a la jurisdicción estatal como un derecho fundamental.

En efecto, el derecho referido en el artículo 2o., apartado A, fracción VIII de la carta magna no reduce sus alcances a las garantías específicas contenidas en el segundo y tercer enunciados de la fracción, relativas a que:

1) En todos los juicios y procedimientos en los cuales sean parte los pueblos o comunidades indígenas, individual o colectivamente, se deben tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, siempre y cuando se respeten los preceptos constitucionales, y

2) Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

El derecho constitucional de las colectividades indígenas y de sus miembros a acceder *“plenamente”* a la jurisdicción estatal no se agota mediante el reconocimiento de las dos potestades recién listadas, sino que tiene un contenido normativo más amplio, con alcances de principio estructural del andamiaje constitucional, tal y como se deduce de los antecedentes legislativos y

de una interpretación funcional de la disposición, entendida en el marco de los derechos sociales y colectivos incorporados al texto de la ley fundamental en la reforma de dos mil uno.

Como más adelante se precisa, el antecedente inmediato de los derechos de las colectividades indígenas actualmente recogidos en el artículo 2o. constitucional fue el decreto de veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veintiocho del mismo mes y año, mediante el cual se incorporó un nuevo primer párrafo al artículo 4o. de la Constitución general, en el cual se reconoció la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, y estableció los siguientes mandatos a las autoridades instituidas respecto de los pueblos indígenas:

1) La protección y promoción del desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas, *a través de la ley*;

2) Igualmente *por conducto de la ley*, garantizar a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y

3) Tomar en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los juicios y procedimientos agrarios en los cuales forman parte, en los términos *en los que estableciera la ley*.

En estas disposiciones se advierte el deseo del poder revisor de la Constitución de que las distintas manifestaciones culturales y sociales de las colectividades indígenas fueran consideradas como bienes jurídicamente relevantes, y por tanto merecedoras de tutela por el ordenamiento mexicano, así como que un cierto sector de esas manifestaciones, específicamente las prácticas y costumbres jurídicas, se tomaran en cuenta en determinados procedimientos agrarios. De igual forma, como un reconocimiento a la situación de marginación y exclusión en que se encuentran los pueblos indígenas y sus miembros, se estableció el imperativo de que en la ley se garantizase el efectivo acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos.

El común denominador de los aspectos incorporados con la reforma constitucional de enero de mil novecientos noventa y dos, consiste en que se deposita en el Poder Legislativo el deber

de establecer las reglas y procedimientos específicos para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, a través de la ley, es decir, se plantea la necesidad de una configuración legal para que se desarrolle la instrumentación de estas prerrogativas y su ejercicio.

...

Desde luego, como ciertamente es posible deducir de lo hasta aquí considerado, el que los artículos 2o., apartado A, fracción VIII y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tengan por objeto, más allá de los términos lingüísticos empleados, garantizar el acceso efectivo y expedito a la jurisdicción estatal tampoco implica la reiteración de contenidos sino que uno y otro precepto, además de existir diferenciación en cuanto a los titulares de los derechos, comprenden circunstancias distintas y, por lo mismo, la materia de la tutela es diferente en cada uno de ellos.

...

Sobre estas premisas, parece entonces claro que la circunstancias de que en la ley fundamental se contengan dos disposiciones referidas a garantizar el acceso efectivo, expedito y pleno a la jurisdicción estatal, una con carácter general y otra reservada a ciertos sujetos en razón del estatuto personal que les confiere la Constitución, no puede considerarse que el segundo de los casos enunciados, el perteneciente a los indígenas, carezca de sentido normativo propio, como si se tratara de una reiteración vacía o inútil, sino por el contrario, implica el establecimiento de dos regímenes tuitivos diferenciados, que conlleva para el caso de los indígenas y sus colectividades, de una esfera de protección reforzada o mayor que respecto del resto de la población, en razón de sus particulares circunstancias históricas, sociales y culturales, ámbito de tutela que, se insiste, no se agota con los dos derechos o garantías específicas a que se ha hecho alusión, pues de lo contrario no tendría justificación la incorporación de un enunciado normativo genérico durante el procedimiento de reformas a la carta magna, según se ha puesto de manifiesto.

...

En efecto, las disposiciones constitucionales e internacionales de mérito parten de la aceptación consistente en que, por diferentes causas y razones, las condiciones precarias en las que subsisten los indígenas en nuestro país se deben, entre otros motivos, a que las garantías individuales de las que goza todo sujeto no han sido suficientes para un adecuado desarrollo individual y colectivo de estos grupos, examen del cual se ha derivado un necesario reforzamiento de esa situación igualitaria de todos los individuos con un reconocimiento más general y previo de las situaciones y características que identifican y dan sentido a estas colectividades y sus miembros.

Acorde con lo expuesto, los derechos de corte fundamental reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, así como sus integrantes, constituyen medidas que procuran beneficiar directa e indirectamente a estos conglomerados de la sociedad mexicana, a través de una clara diferenciación de trato que redunde en una mayor igualdad, por considerarse que se encuentran en una grave situación de desigualdad y desamparo con el resto de la población, precisamente porque no se han tomado en cuenta sus particulares concepciones del uso y explotación de la tierra, sus procesos de producción, sus tradiciones y costumbres, los entramados sociales y políticos que les son propios, aspectos que han redundado en ciertas relaciones de sometimiento, discriminación y miseria.

Desde esta óptica, queda claro que la incorporación constitucional de derechos a estos sujetos no equivale a pretender crear un ámbito jurídico propio y exclusivo de la realidad indígena, desvinculado del ordenamiento jurídico general, ni perpetuar o reinstaurar viejas desigualdades propias de los viejos colonialismos.

Por el contrario, tales derechos forman parte de dicho ordenamiento, como mecanismos específicos de defensa de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, a la libertad de formas de vida y maneras de vivir, así como a la libertad de creación, mantenimiento y desarrollo de culturas, contempladas en el artículo 27, apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo basamento último, se encuentra en la especial

consideración que el ordenamiento tiene para con la dignidad humana, como valor imprescindible sobre el que se ha de sustentar cualquier sociedad que pretenda dotar de legitimidad a las normas jurídicas que le rigen, derivado de la cláusula general del artículo 39 de la Constitución federal, así como del reconocimiento genérico a la personalidad jurídica y dignidad de todo ser humano, previsto en los artículos 16, apartado 1, del pacto recién invocado, 3o. y 11, apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

...

Consecuentemente, dada la naturaleza y función de los derechos reconocidos a las colectividades indígenas y sus miembros por la Constitución federal, es posible sostener que el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado a que se refiere la fracción VIII del apartado A del artículo 2o., a diferencia de la garantía individual consignada en el artículo 17, no se limita a la erradicación de los obstáculos técnicos o económicos en los términos expuestos, sino también aquellas circunstancias temporales, geográficas, sociales y culturales que tradicionalmente han generado en la población indígena una situación de discriminación jurídica, que a su vez ha evitado u obstaculizado que dicha población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales o que lo hagan en condiciones realmente equitativas, más allá de la igualdad formal.

La conclusión se corrobora si se atiende a las dos garantías constitucionales específicas que acompañan al derecho genérico a acceder en plenitud (es decir totalmente, sin reservas) a los tribunales de justicia: La aplicación en los procesos en los cuales sean parte los indígenas (individual o colectivamente) de sus costumbres y especificidades culturales, con respecto del orden constitucional y, adicionalmente, el otorgamiento en todo tiempo de defensores y traductores que tengan conocimiento de su lengua y de su cultura.

En ambos casos, como se mencionó, se atiende a las condiciones o situaciones particulares que caracterizan a esta colectividad y que les permite identificarse como tales y, consecuentemente, desarrollarse en lo individual, pues por un lado, con la

especial consideración (y eventual aplicación) de sus costumbres y especificidades culturales se pretende el respeto y la preservación de las normas de control social que han sido fundamentales para mantener su identidad (colectiva e individual), y se evita la percepción de la jurisdicción del Estado, como ajena y opuesta a sus usos consuetudinarios; y por otro, a contrarrestar la situación de desigualdad material en que se encuentran los indígenas por el desconocimiento o falta de pericia en el uso del lenguaje español o del régimen jurídico específico que regula la materia del litigio.

...

La amplitud del mandato constitucional en comento se extiende a toda clase de tribunales y procedimientos jurisdiccionales, pues la carta magna no lo limita a una materia en específico ni prevé excepciones a los alcances del derecho-principio de garantizar el acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción estatal, ni tampoco la directriz está dirigida a determinadas autoridades, como podrían ser los cuerpos legislativos o las instancias administrativas, pues a diferencia de los antecedentes legislativos, su incorporación y redacción evidencian su calidad de directriz general que vincula a todos los poderes del Estado y autoridades públicas, y no sólo a algunas de éstas.

Por tanto, es claro que el artículo 2o., apartado A, fracción VIII de la Constitución general tiene aplicación en la jurisdicción electoral estatal, como la ejercida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los asuntos de su competencia, y por lo mismo, esta Sala Superior está vinculada a observar el mandato constitucional de mérito en la tramitación y resolución de los asuntos que conozca, como ocurre con el presente juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

...

En ausencia de legislación secundaria aplicable de manera directa, el contenido normativo esencial del derecho de acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción estatal o, lo que es igual, dada la función que desempeñan los derechos de las colectividades indígenas para erradicar las desigualdades fácti-

cas en las cuales se encuentran respecto del resto de la población, las medidas que deben adoptarse para hacer efectivo este principio constitucional son susceptibles de desarrollarse o concretarse a partir de otras disposiciones de inferior jerarquía normativa, como son los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano o las leyes secundarias (en este caso federales) que se constituyan en forma inequívoca como expresión de las facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente pero que evidentemente se hacen derivar de su relación con el derecho fundamental, o bien, que sin mediar esa relación en forma clara, se trate de mecanismos o instrumentos que respondan a igual o semejante finalidad, pues en este caso, por virtud del principio de completitud, se justificaría su adopción por existir, en lo sustancial, las mismas razones.

Sobre esta base, debe recordarse que en nuestro país está vigente el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado por la Conferencia General de dicho organismo internacional el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, ratificado por México el cinco de septiembre de mil novecientos noventa y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y uno. Entre sus disposiciones se encuentran las siguientes:

...

3) Las colectividades indígenas deben tener protección con la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, personalmente o por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de semejantes derechos, e incluso, deben tomarse las medidas para garantizar que los indígenas puedan comprender y hacerse comprender en procesos legales, mediante la facilitación si fuere necesario, de intérpretes u otros medios eficaces (artículo 12).

Los preceptos enunciados, por así disponerlos el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, forman parte de la “*ley suprema de toda la Unión*”, es decir, in-

tegran el sistema de fuentes federal y los juzgadores, estatales o federales, están obligados a observarlas, en su actuación, al resolver los litigios de su competencia.

En aplicación de lo anterior, de las disposiciones del convenio citado se tiene que, en consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, es indispensable la adopción o implementación de *medidas especiales* que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano.

Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.

...

Consecuencia de este postulado, se impone a las autoridades federales, entre ellas las jurisdiccionales como esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el deber u obligación de adoptar *medidas positivas y compensatorias* (denominadas *medidas especiales* en el instrumento internacional que se ha citado) a favor de las colectividades que se hallan en esa situación de desigualdad real o material, entre ellas los pueblos y comunidades indígenas, medidas que no se limitan a las expresamente previstas en la ley, sino que se admite el empleo de otras, siempre y cuando, desde luego, las medidas que se adopten sean adecuadas e idóneas para procurar las condiciones suficientes para frenar la inercia social de desigualdad en la cual se encuentran, y que de esta forma se pueda ejercer plenamente el derecho de que se trate, con lo que, al mismo tiempo, se propenda a mediano y largo plazo la erradi-

cación de los factores y condiciones fácticas que inhiben u obstaculizan el ejercicio de dicho derecho.

Lo hasta aquí expuesto es, además, consecuente con el deber de garante de los derechos fundamentales que el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye a los Estados partes de este instrumento internacional, entre los cuales se encuentran el mexicano, al haber sido suscrito por el Ejecutivo de la Unión y después aprobado por la Cámara de Senadores (la aprobación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el nueve de enero de mil novecientos ochenta y uno, en tanto que la promulgación se publicó el siete de mayo del mismo año), en los términos en que ha sido interpretada dicha disposición por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del precepto citado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha derivado dos obligaciones fundamentales para los Estados partes del Convenio. La primera, consistente en respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención, en tanto se trata de esferas individuales que el poder público no puede vulnerar o en las cuales sólo se puede penetrar de manera limitada. A su vez, la segunda obligación es la de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, deber que “*no se agota en la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*” (caso *Velázquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 165 a 167, y caso *Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989, párrafos 174 a 176).

En posteriores resoluciones, el organismo jurisdiccional interamericano precisaría que el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención, “*implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los indivi-*

duos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención” (Excepciones al agotamiento de los recursos internos [artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 34; caso Bámbara (sic) Velázquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 194; caso Hilai-re, Constantine y Benjamín y Otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 151, y caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 49).

Semejante intelección también se ha estimado aplicable en el caso de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, respecto de las cuales, según ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “... de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 51).

Con base en esta interpretación, en consonancia con la obtenida a partir del texto constitucional, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y del diverso instrumento internacional que se ha invocado (el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), el Estado mexicano, a través de sus órganos, debe proveer las medidas de corrección o compensación necesarias que permitan, a los sujetos situados en desigualdades de hecho, acceder al libre y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales, pues de otra manera tales derechos se traducen en meras declaraciones retóricas carentes de virtualidad, con lo que se desnaturaliza su función de ins-

trumentos para el pleno desarrollo de la persona y se socava la dignidad de la persona, sustento de todo el andamiaje estatal.

...

- 2) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ OPERA RESPECTO DE TODOS LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA INTERPONER AQUÉLLA, Y
- 3) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. FORMA EN LA QUE OPERA LA SUPLENCIA DEL ERROR.

Lo hasta aquí expuesto patentiza que la medida especial o compensatoria adoptada para los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovidos por los indígenas a fin de hacer efectivos sus derechos de sufragio (pasivo o activo) y, consecuentemente, de los derechos reconocidos constitucionalmente a los pueblos y comunidades a las que pertenecen para el ejercicio de sus formas propias de gobierno en el marco del ayuntamiento, conforme sus tradiciones y normas internas, es plenamente compatible con el sistema impugnativo electoral diseñado por la Constitución federal y el legislador ordinario, por cuanto únicamente importa aplicar con mayor énfasis e intensidad una figura ya reconocida legislativamente en este ámbito procesal (la suplencia), extremo que, como ya se dijo, obedece al cumplimiento de los mandatos impuestos por la ley fundamental, los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y lo ordenado en otras leyes federales.

Tercero. Determinación del acto impugnado. En la demanda del presente juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, los promoventes destacan que desde finales del año dos mil dos, en el municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, no cuentan con autoridades electas por la ciudadanía, y que semejante situación anómala se ha prolongado en el tiempo...

Después de presentar lo anterior, los actores añaden que comparecen ante esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a fin de obtener lo siguiente:

...

II) La expedición de una convocatoria a asamblea comunitaria, para que sea el *“mismo pueblo quien elija libremente a sus autoridades municipales como lo establece el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*.

Lo narrado hace patente que la inconformidad total que enderezan los promovente gira en torno la situación irregular que aseguran existe el municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, motivada porque desde el año dos mil dos no cuentan con autoridades municipales electas por la ciudadanía, sino que las tareas del ayuntamiento las encabeza un administrador municipal nombrado directamente por el gobernador de la entidad federativa, lo que en su concepto se traduce en la vulneración de sus derechos de participación política a través de sus normas y procedimientos consuetudinarios amparados por la Constitución federal.

...

Ahora bien, con motivo de la tramitación del presente juicio, el Honorable Congreso del Estado informó que su Quincuagésima Novena Legislatura, el veintiuno de diciembre de dos mil seis, emitió el decreto número 365, por el cual fue ratifica el acuerdo y declaratoria dictadas por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral el día veinte del mismo mes y año, que establece que en el municipio de Tanetze de Zaragoza no existen las condiciones necesarias para renovar concejales al ayuntamiento bajo el régimen de normas de derecho consuetudinario, en el proceso electoral ordinario 2006, al ponerse en peligro la paz pública y la estabilidad de las instituciones, motivó por el cual se autoriza al titular del Poder Ejecutivo para que nombre a un nuevo representante que se haga cargo del gobierno municipal, hasta en tanto existan las condiciones para nombrar a un consejo municipal.

...

Por tanto, como en todo caso la fuente generadora de agravios a los accionantes provendría del aludido decreto número 365, es este acto que debe tenerse como reclamado en el presente juicio para la protección de los derechos político-electora-

les del ciudadano, por tratarse de la decisión de autoridad que ratificó la imposibilidad de convocar a elecciones a concejales en el municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, y en virtud de semejante ratificación, autorizó al Ejecutivo estatal a designar nuevo administrador municipal, determinación que se contrapone con la pretensión enderezada por los actores.

...

Cuarto. Procedencia...

Oportunidad. Respecto al requisito de procedencia formal establecido en el artículo 8o. de la ley adjetiva de la materia, en cuanto a que el medio impugnativo se debe presentar en el término de cuatro días contados a partir del día siguiente al que se conozca el acto o resolución impugnado, esta Sala Superior advierte que el mismo fue presentado en tiempo y forma.

Ello sin perjuicio de lo planteado por el Consejo General y la Legislatura local, en el sentido de que el término citado corrió en exceso, ya fuera si se enderezaba contra el acuerdo del Consejo General o contra el decreto legislativo número 365, dado que tales resoluciones se publicaron en el medio de difusión oficial de la entidad, el treinta de diciembre de dos mil seis, razón por la cual, estiman que el mencionado plazo abarcó del dos al cinco de enero de dos mil siete, siendo el caso que la demanda se presentó hasta el día once siguiente, por lo que señalan que el medio impugnativo deviene extemporáneo.

...

En efecto, como se destacó en el considerando segundo de esta ejecutoria, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce como derechos de las colectividades indígenas y de los individuos quienes las integran, como garantía específica tendiente a conseguir su acceso pleno a la jurisdicción estatal, que en todos los juicios y procedimientos en los cuales sean parte, individual o colectivamente, a tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, con respecto a los preceptos de la propia ley fundamental.

El mandato en cuestión se encuentra igualmente establecido en los artículos 14, fracción VI de la Ley Federal para Prevenir

y Eliminar la Discriminación, y 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.

Por su parte, en consonancia con lo anterior, en términos del artículo 8o., apartado 1 del *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*, cuando se aplique la legislación nacional (en este caso, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral) a los pueblos indígenas (y sus integrantes) deben tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

El mandato en comento se traduce en el deber del órgano judicial o jurisdiccional competente para conocer y resolver de la controversia en la cual formen parte los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas (individual o colectivamente) de interpretar las disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso contencioso y la materia sustantiva del litigio, con especial consideración de las normas consuetudinarias indígenas del caso y de las particulares condiciones o cualidades culturales del pueblo o comunidad de que se trate, mismas que comprenden los modos de vida y costumbres, los conocimientos y el grado de desarrollo artístico, científico o industrial de un determinado conglomerado humano socialmente cohesionado, que les identifica entre sí y les permite autoadscribirse como miembros de ese grupo social.

Tales costumbres y especificidades culturales de los pueblos y comunidades indígenas deben ser ponderados por el juzgador al momento de resolver la controversia o litigio en el cual sean parte los integrantes de estas colectividades, pero también al momento de analizar la satisfacción de los requisitos de procedencia de algún juicio o recurso, dada la importancia que revisten, pues únicamente mediante su acreditación es factible estudiar el fondo del asunto y, en su caso, obtener una tutela judicial completa y efectiva, lo cual es, además, congruente con la finalidad de la disposición constitucional según se estableció en el considerando segundo, pues con la misma se pretende hacer compatible, en la medida de lo posible y dentro de los parámetros de la carta magna, la impartición de justicia con la cultura y cosmovisión indígena, de tal suerte que estos justiciables no

perciban a la jurisdicción estatal y los órganos que la ejercen como entidades ajenas e incompatibles con su entorno.

De igual forma, la disposición en cita procura que el juzgador esté en posibilidad de analizar los alcances de las normas indeterminadas y abstractas, dispuestas por el legislador para la generalidad de los casos, cuando están involucrados indígenas, cuyas conductas y comportamientos responden a sus propias tradiciones y costumbres, así como a las particulares condiciones en que desarrollan su vida, que no necesariamente son coincidentes con los elementos considerados por el legislador al momento de elaborar las leyes para fijar aquellas hipótesis normativas generales.

Sobres estas bases, es decir, si se toman en cuenta las especificidades culturales indígenas, resulta claro que la publicación en el *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca* de treinta de diciembre de dos mil seis, del decreto número 365 de la legislatura local no puede considerarse un medio apto y suficiente para difundir o comunicar a los destinatarios del acto su contenido, que es el presupuesto considerado por el legislador para relevar de la carga a la autoridad de notificarlo personalmente, y por tanto, no admite servir de base para constatar la oportunidad en la presentación de la demanda.

...

Sin embargo, en el caso de los pueblos y comunidades indígenas, particularmente de aquellos asentados en zonas o localidades preponderantemente rurales, con escasos o precarios medios de transportes y de comunicación, que por lo mismo padecen altos índices de pobreza y marginación, que a su vez se traducen en niveles de escolaridad menores en relación con el resto de la población, con la consecuente extensión más o menos generalizada del analfabetismo, parece claro que no se surten los elementos considerados por el legislador para dotar de eficacia publicitaria a los actos o resoluciones publicadas en los diarios o periódicos oficiales, dado que en localidades en las cuales la población presenta las características señaladas, las publicaciones de este tipo no tienen la circulación suficiente y, cuando llega a

circular, no siempre es en la misma fecha en que se publicó, además que la escasa escolaridad, así como las circunstancias propias de las costumbres del pueblo o comunidad, en donde la lengua indígena constituye un eje fundamental en las relaciones sociales, siendo en algunos casos el único sistema de comunicación verbal y escrito al que tienen acceso un número determinado de sus miembros, inhiben a las publicaciones de esta clase su eficacia comunicativa, presupuesto de la norma en comento.

En esas particulares circunstancias, que el poder revisor de la Constitución, el legislador ordinario y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México ordenan al juzgador tomar en cuenta al momento de resolver los asuntos de su competencia, cuando son parte del juicio o recurso integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, es válido considerar que lo previsto en el artículo 30, apartado 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral no resulta exactamente aplicable para regir supuestos como el señalado, al no surtirse el presupuesto estimado por el legislador para dotar de eficiencia y generalidad a tales publicaciones.

En el caso, la lectura integral del decreto número 365 revela que el mismo está dirigido a los habitantes del municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, pues ratifica la declaratoria emitida por el Consejo General del órgano electoral local, en el sentido de que en dicha localidad no existen las condiciones necesarias para llevar a cabo elecciones bajo las normas de usos y costumbres. Esto es, no se trata de disposiciones de carácter general que normen un conjunto indeterminado de supuestos o casos, sino que más bien es un acto materialmente administrativo, por cuanto contiene normas jurídicas individualizadas.

Ante tal situación, como los destinatarios son integrantes de una colectividad indígena y la temática del acto de autoridad versa sobre la imposibilidad de ejercer sus derechos políticos de votar y ser votados, es incuestionable que la determinación debía comunicarse en forma efectiva a quienes el acto se dirigió, para que de esta forma estuvieren en posibilidad real de decidir la postura que adoptarían respecto de la decisión, y para

ello debió sopesar las particulares condiciones de la comunidad y sus especificidades culturales.

Esto es, la Legislatura local debió tomar en consideración que la generalidad de las comunidades indígenas, no cuentan con los medios y las vías de comunicación debidamente desarrollados, para tener conocimiento oportuno de la publicación oficial. De igual forma, debió estimar las condiciones sociales, políticas y geográficas del municipio de Tanetze de Zaragoza, con el fin de cerciorarse que sus habitantes tuvieran pleno acceso, conocimiento y entendimiento claro del acto que en, un momento dado, pudiera depararles algún perjuicio.

El deber de actuar en los términos apuntados deriva de lo previsto en el artículo 30 del citado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, según el cual los gobiernos deben adoptar medidas que vayan acorde con las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas, con el fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente los derivados del propio Convenio (entre los cuales están las prerrogativas ciudadanas de participación política), como sería, con carácter ejemplificativo, la utilización de traducciones escritas y otras formas comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

...

Ante este panorama, es incuestionable que no puede exigírseles a los ciudadanos de este municipio estar atentos de los actos y comunicados de autoridad que se difunden a través del periódico oficial de la entidad, pues no hay ni siquiera indicios que sugieran que dicho órgano de difusión se distribuya regularmente en el municipio en cuestión. Por el contrario, los elementos de información con los que se cuenta apuntan a la inexistencia de condiciones materiales reales para que la ciudadanía en general acceda o consiga oportunamente el periódico oficial, no sólo por los limitados medios de comunicación y de transporte con los que cuenta el municipio, sino también porque las condiciones de precariedad y marginación (económica, social y cultural) en que subsiste la población los obligue muy probablemente a destinar casi todos sus recursos y tiempo a obtener sus satisfactores básicos o primarios.

Así las cosas, no es dable sostener que a partir de que surtió sus efectos la publicación en el *Periódico Oficial del Estado*, del decreto número 365, emitido por Congreso local, comenzó a correr el término para su impugnación, ya que, como se indicó, en la especie no se surten los presupuestos fácticos considerados por el legislador para que cobre aplicación lo dispuesto en el artículo 3o., apartado 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Con independencia de lo anterior, igualmente cabe concluir que el presente medio impugnativo fue promovido en tiempo si se toma en consideración, que la violación reclamada por los promoventes consiste, en última instancia, en la falta de celebración de elecciones regidas por usos y costumbres indígenas en el municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, en contravención del derecho de sufragio de los promoventes, en tanto el mencionado decreto número 365 prolonga la situación anómala en que se encuentra la localidad desde el año dos mil dos.

...

Legitimación en la causa e interés jurídico...

En relación con lo anterior, debe desestimarse el planteamiento formulado por el Instituto Electoral local, quien aduce que los ciudadanos no acreditaron su calidad de integrantes del municipio de Tanetze de Zaragoza, porque los promoventes enderezan su acción sobre la base de afirmar ser residentes en el aludido municipio y formar parte de la comunidad indígena respectiva y exigen el respeto de sus tradiciones y normas consuetudinarias para la elección de sus autoridades municipales, lo cual es suficiente para considerarlos como ciudadanos integrantes de dicha comunidad indígena, pues conforme el artículo 2o., tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la conciencia de su identidad indígena es el criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. En todo caso, a quien afirme lo contrario corresponde aportar los medios de prueba atinentes (y no sólo oponer la presunta falta de documentación que corrobore la calidad con que se ostentan los demandantes), de acuerdo con el artículo 15, apartado 2 de la Ley General del

Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, máxime si se considera que el propio Instituto tuvo la posibilidad de cotejar dicha situación con el padrón electoral que obra en su poder a fin de poder determinar lo conducente.

...

Quinto. Estudio de fondo. En el presente juicio la cuestión a dilucidar consiste en determinar si el decreto número 365, emitido por la Quincuagésima Novena Legislatura del estado de Oaxaca, mediante el cual ratifica la determinación del Consejo General del Instituto Electoral de la entidad, en el sentido que en el municipio de Tanetze de Zaragoza, no existen las condiciones para celebrar elecciones regidas por las normas del derecho consuetudinario y autoriza al titular del Poder Ejecutivo local, para nombrar un representante que se haga cargo del gobierno municipal, resulta violatorio de los derechos político-electorales de los actores.

...

Esta Sala Superior estima que, resulta insuficiente para motivar el acuerdo en comento que se tome como base una apreciación subjetiva del administrador municipal del municipio de mérito, la cual no se encuentra sustentada por medio de convicción real alguno (*sic*).

En efecto, la decisión de requerir al administrador municipal con el fin de que informara al Instituto la fecha, hora y lugar de la celebración del acto o renovación de concejales del ayuntamiento, lo cual implica la determinación del momento y lugar de la jornada electoral, no es suficiente para determinar que en Tanetze de Zaragoza no existen condiciones para celebrar condiciones, máxime si se estima el hecho no controvertido, de que en dicha comunidad no se ha elegido a los concejales municipales desde el año dos mil dos.

Por el contrario, el Instituto local, está obligado a allegarse de más elementos para sustentar su declaración, por ejemplo, investigar *in situ*, las condiciones sociales y políticas en las cuales se encontraba la comunidad, y darle la suficiente importancia al hecho de que los derechos político-electorales de los ciudadanos residentes en el lugar de mérito, se han visto con-

culcados de manera grave con el paso del tiempo, a fin de tomar medidas tendientes para propiciar las condiciones para revertir esta flagrante violación, o por otro lado, solicitar la intervención del Congreso local o del Ejecutivo estatal a fin de restaurar el orden de dicha localidad.

Ello en virtud de que, resulta completamente ajeno al sistema de usos y costumbres, que rige la vida de la comunidad indígena de Tanetze de Zaragoza, la situación que en forma prolongada, casi ordinaria, posee una autoridad, cuya designación no es el resultado de la elección por la propia comunidad, y que como ha quedado señalado, esto acontece desde el año dos mil dos, fecha en la que refieren se suscitó la desaparición de poderes decretada por la Legislatura local, por lo que la designación de un administrador municipal, debería estar en el campo de lo extraordinario y poco común y no, como resulta en el caso, la forma normal y ordinaria por la cual los habitantes de la comunidad tienen a su representante municipal emanado de una designación del Poder Ejecutivo y ratificado por el Poder Legislativo, hecho contrario a la elección de concejales por medio de asamblea popular, siendo ésta una práctica y tradición democrática, avalada por la ley.

...

De igual forma, tanto en la Constitución federal como local, se establece el reconocimiento a la autonomía de los pueblos indígenas a fin de elegir a sus autoridades municipales, para lo cual el legislador está compelido a desarrollar las normas específicas mediante las cuales se promuevan y regulen de forma precisa dicho tipo de elección, todo ello en cuanto a los usos y costumbres de cada comunidad indígena.

...

En virtud de lo anterior, resulta claro que el Decreto 365 emitido por la quincuagésima novena Legislatura, impugnado por medio del presente juicio para la protección de los derechos político-electorales, adolece de la debida fundamentación y motivación.

...

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE MÉXICO

Por lo expuesto y con fundamento, además, en los artículos 41, fracción IV, y 99 párrafo IV, fracción V, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; 184; 186, fracción III, inciso c); 187, y 189, fracción I, inciso f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 25 y 84, párrafo 1, inciso b) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se

Resuelve

Primero. Se *revoca* el Decreto número 365 de la quincuagésima novena Legislatura del Congreso del estado Libre y Soberano de Oaxaca, publicado el treinta de diciembre de dos mil seis, en el *Periódico Oficial del estado de Oaxaca*.

...

Tercero. Se *ordena* al Consejo General del Instituto Estatal Electoral de que disponga lo necesario, suficiente y razonable para que, mediante la conciliación pertinente, consultas requeridas y resoluciones correspondientes, se considere la posibilidad de realizar elecciones de concejales en el municipio de Tanetze de Zaragoza, Oaxaca, por las razones y fundamentos que se precisan en el considerando quinto de esta sentencia.

...

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DEL ACCESO A LA JUSTICIA POR LA FALTA DE CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE ÓRGANOS ELECTORALES

Sinopsis: En esta sentencia el Tribunal Constitucional de Perú declaró la inconstitucionalidad de una disposición que limitaba la interposición de recursos constitucionales, entre ellos el amparo, contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. El Tribunal consideró que dicha norma restringía el control judicial y que impedía el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en esa materia. En este sentido, con base en los artículos 80. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Tribunal Constitucional vs. Perú*, admitió la procedencia del amparo para impugnar las resoluciones de aquel órgano electoral. El Tribunal también confirmó la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana, incluso de aquéllas en casos en los que Perú no haya sido parte, y el parámetro de constitucionalidad que conforman los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya sea por su incorporación directa a la Constitución o por su recepción vía interpretativa. Además de las fuentes ya señaladas, el Tribunal se remitió a los casos *Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales*, y *Godínez Cruz*, todos *vs. Honduras* y, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, de la Corte Interamericana, y al caso *Susana Higuchi Miyagawa vs. Perú* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del cual ese órgano ya había recomendado la modificación de la ley interna a efecto de posibilitar un recurso efectivo y sencillo contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Inclusive, el Tribunal Constitucional se re-

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

firió al caso *Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú* ante ese mismo órgano interamericano y que versa sobre la misma temática, y reconoce que su admisibilidad representa una potencial condena internacional contra Perú. La sentencia está acompañada de dos votos concurrentes y uno disidente.

Synopsis: *In this judgment, the Constitutional Tribunal of Peru declared the unconstitutionality of a provision which restricted lodging constitutional actions, among them the “amparo”-appeal for legal protection-, against decisions of the National Jury of Elections. The Tribunal considered that it limited the judicial control and hindered the exercise and defense of the fundamental rights on the matter. In this sense, based on the articles 8th and 25 of the American Convention on Human Rights and on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human rights in the cases of Yatama v. Nicaragua and Constitutional Tribunal v. Peru, it admitted the validity of the “amparo” to rebut the resolutions of the so mention electoral organ. The Tribunal also confirmed the compulsory nature of the decisions of the Inter-American Court, even of those in which Peru has not been a party, and of the constitutional parameter of the international treaties on human rights, either by its direct incorporation to the Constitution or by its integration via interpretation. Besides the legal sources already mentioned, the Tribunal made a reference to the cases of Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales, y Godínez Cruz, all v. Honduras, to “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos and others) v. Chile, of the Inter-American Court, and to the case of Susana Higuchi Miyagawa vs. Perú before the Inter-American Commission of Human Rights in which that organ had already recommended the reform of the domestic legislation in order to establish an effective and simple recourse against decisions of the National Jury of Elections. Indeed, the Constitutional Tribunal quoted the case of Janet Espinoza Feria and others v. Peru on the same subject and before the said Inter-American organ, and recognized that its admissibility represents a potential international condemnation for Peru. The judgment is attached of one dissenting and two concurring opinions.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ

00007-2007-PI/TC-19 DE JUNIO DE 2007 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

I. ASUNTO

Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley No. 28642, modificatoria del artículo 5o., numeral 8) de la Ley No. 28- 237, Código Procesal Constitucional, por vulnerar los principios de supremacía de la Constitución y de separación de poderes, así como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

...

III. NORMA SUJETA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo único de la Ley No. 28642, Ley que modifica el artículo 5o., numeral 8), de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional, cuyo texto es el siguiente:

Artículo único (Modificación del artículo 5, numeral 8), de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional).- Modifícase el artículo 5o., numeral 8), de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos:

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Artículo 5o. No proceden los procesos constitucionales cuando:...

8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

El Colegio de Abogados del Callao plantea la demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo único de la Ley No. 28642, modificatoria del artículo 5o., numeral 8), de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional. Sustenta la demanda manifestando que la cuestionada Ley pretende la desvinculación del Jurado Nacional de Elecciones a la Constitución —norma suprema que rige todo el ordenamiento jurídico nacional, conforme a su artículo 51, y en consecuencia, quedan sometidos a esta Ley superior la actuación de todos los poderes y órganos del Estado, en virtud del artículo 43— y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral, al margen de la violación constitucional en la que éstas puedan incurrir. En tal sentido, la ley no solo plasma una indebida interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución, sino que incurre en una abierta contradicción con los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional, que es el órgano de control de la Constitución por mandato expreso de su artículo 201.

Asimismo, expresa que la Ley No. 28642 es manifiestamente contraria a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos, y que resulta inconstitucional que una ley

no permita cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado —como el Jurado Nacional de Elecciones—, tanto más, cuando esa arbitrariedad está relacionada con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, resulta vulneratoria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida por el artículo 139.3 de la Constitución.

Por lo demás, alega que el enunciado contenido en la Ley No. 28642, que dispone que resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, contraviene el principio de separación de poderes garantizado en el artículo 43 de la Constitución, pues niega el poder-deber de todo órgano jurisdiccional de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas previsto en el artículo 138 de la Constitución, y la competencia del Tribunal Constitucional de ejercer dicho poder en su faz concentrada, según lo prevé el artículo 204 de la Constitución.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y manifiesta que la irrevisabilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no parte de la Ley No. 28642, sino de los artículos 142 y 181 de la Constitución. Expresa que la cuestionada ley no incurre en una interpretación aislada de las referidas disposiciones de la carta fundamental, pues de ellas se desprende que el Jurado Nacional de Elecciones es el órgano jurisdiccional competente en materia electoral, cuyas resoluciones tienen una característica especial.

Señala que de no existir la causal de improcedencia cuestionada, y debido a las diversas etapas del proceso electoral —de inscripción de agrupaciones políticas, de inscripción de candidaturas y de elaboración y distribución del material electoral— se produciría un retraso del proceso electoral. En ese sentido, el objeto de la Ley No. 28642 es precisamente impedir tal retraso, al igual que la finalidad que tienen los artículos 142 y 181 de la Constitución.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Alega que la Ley cuestionada no vulnera los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, pues no puede afirmarse que el proceso de amparo sea “breve” o “rápido”, ni constituye un “recurso efectivo” para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho, conforme lo disponen los artículos 8o. y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente. En tal sentido, sostiene que el Caso Espino Espino (STC No. 2366-2003-AA/TC) así lo demuestra.

Expresa que tampoco se vulnera el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues la cuestionada ley lo único que no permite es la impugnación de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, de referéndum o de otras consultas populares a través de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Por tanto, la ley no impide cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado (como el Jurado Nacional de Elecciones) a través de otros procesos.

En cuanto al argumento del demandante, conforme al cual, la parte de la cuestionada ley que dispone que resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, vulnera el principio de separación de poderes, manifiesta que dicho enunciado no es sino la consecuencia de la causal de improcedencia establecida, y que si dicha causal, regulada a nivel legal, es acorde con la Constitución, se puede concluir que las “resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno” no sólo serían ilegales sino también inconstitucionales.

Finalmente, señala que no se desnaturaliza la finalidad del proceso de amparo, pues no logra reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, sino que sólo serviría para determinar responsabilidades, lo cual también sería difícil de concretarse, pues en dicho proceso la actividad probatoria es mínima. En tal sentido, si no logra cumplir su finalidad, considera que no puede ser considerada una vía satisfactoria, pues no va a poder proteger

los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

3. *Informe del Jurado Nacional de Elecciones
en su condición de partícipe*

...

Finalmente, señala que el Jurado Nacional de Elecciones presta a los ciudadanos la tutela jurisdiccional que les asiste como derecho fundamental y en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos; que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna y nada obsta para que el ciudadano que se sienta afectado en sus derechos pueda recurrir al órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; que las normas constitucionales y legales que norman su funcionamiento son compatibles con las normas de la Convención Americana, y que la protección de los derechos políticos es de su competencia, lo cual guarda conformidad con el artículo 25 de la misma Convención.

...

*La interpretación de los derechos fundamentales
a la luz de los tratados internacionales sobre derechos
humanos y de las decisiones de los tribunales
internacionales sobre derechos humanos
como derecho interno*

12. El artículo 55 de la Constitución señala que:

“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

13. En ese sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de establecer en el fundamento no. 22 de su sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC (caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), el rango constitucional de los tratados de derechos humanos:

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55 de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

14. Asimismo, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

15. El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional también dispone que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

16. De ahí que este Tribunal estableció en el fundamento no. 23 de su sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-AA/TC (caso Pedro Andrés Lizana Puelles), que:

El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

17. Con base en lo anterior, para este tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una inter-

pretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

18. Tampoco puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos frente a vulneraciones de cualquier autoridad:

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.

Por su parte, el inciso 1) del artículo 25 de la Convención señala que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

19. Respecto de dichos artículos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz; excepciones preliminares; sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente, ha establecido que:

... el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como proce-

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

dimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley;¹ y que... los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

20. En correspondencia con esos mandatos del derecho internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado en el inciso 2) de su artículo 200 consagra que “la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución”. La ley fundamental no excluye a ninguna autoridad, ya que la lesión de un derecho fundamental es una posibilidad que puede provenir, incluso, de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y, frente a tal eventualidad, le corresponde en primer lugar al Poder Judicial restituir el derecho, luego al Tribunal Constitucional, si el amparo ha sido desestimado y, finalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el agraviado no ha encontrado la reposición de su derecho incluso en sede del propio Tribunal Constitucional.

21. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido, en el Caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, etapa de fondo, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71:

¹ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23.

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención... De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 80. de la Convención Americana.

22. Para la resolución del caso es oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas. En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos. Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana...²

23. Complementariamente a ello, en el fundamento no. 39 de la sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-AA/TC (caso Pedro Andrés Lizana Puelles) también se estableció que:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional³ (artículo 201 de la Constitución y artículo 10. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al derecho electoral constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178, 182 y 183 de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su cur-

² *Cfr.* Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Etapa de fondo, sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.

³ Así lo reconoció el procurador del Congreso de la República, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, p. 24.

so inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1o. del Código Procesal Constitucional.

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”,⁴ ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”.⁵

d) Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

24. En tal sentido, el Tribunal Constitucional declara que, de conformidad con el artículo 178.5 de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

⁴ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, op. cit., párrafo 175.

⁵ *Idem*.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

25. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C-No. 55, párrafos 35, 40 y 49 ha establecido que:

La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención... El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal... implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional... Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo...

26. De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

...

28. De ahí que este Tribunal rechace el argumento del apoderado del Congreso de la República, en el sentido de que el objeto de la ley cuestionada es impedir el retraso del proceso electoral debido a las diversas etapas con las que éste cuenta, y que se afectaría la materia electoral. Ello no es así, no se afecta la materia electoral, ni existe peligro de retraso del proceso electoral. Por el contrario, todas las causas anteriormente mencionadas así lo acreditan; si debido al paso del tiempo, la alegada afectación se torna irreparable —aunque no siempre es así— y atendiendo al agravio producido, la demanda podrá ser declarada fundada, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior, sino a efectos de determinar las responsabilidades penales que correspondan, según lo manda el segundo párrafo del artículo 1o. del Código Procesal Constitucional que dispone:

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

29. La experiencia demuestra, además, que ante las violaciones de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones el Estado peruano se ha visto obligado a allanarse, como ocurrió en el Caso Susana Higuchi Miyagawa, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio No. 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los de-

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

rechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el derecho interno.⁶

Sobre tal premisa, recomendó al Estado peruano:

Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25 (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos.⁷

En dicho Informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que en reiteradas comunicaciones el Estado peruano puso en su conocimiento la existencia de diversas iniciativas de modificación de la legislación electoral, allanándose a la denuncia planteada en su contra, a pesar de lo cual, hasta la fecha de la publicación del Informe, ninguna había sido adoptada.⁸

30. Así, la incompatibilidad de los artículos 142 y 181 de la Constitución con una interpretación sistemática de la misma (principios de unidad, de corrección funcional y eficacia integradora)⁹ y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos condujo a implementar la referida recomendación (caso Susana Higuchi). Y es precisamente a partir de dicha recomendación que el Estado peruano adecuó su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5.8 del

⁶ Informe No. 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55.

⁷ *Op. cit.*, punto 1o. de la parte resolutive.

⁸ *Ibidem*, párrafo 93.

⁹ Conforme al *principio de unidad de la Constitución*, la interpretación de ésta debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

El *principio de corrección funcional* exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Código Procesal Constitucional en su versión originaria, esto es, antes de su modificatoria por la Ley No. 28642, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.

31. Así también deben descartarse los argumentos del apoderado del Congreso de la República, en el sentido de que el proceso de amparo no constituye un recurso efectivo ni rápido pues no logra reponer las cosas al estado anterior. Conviene recordar que el proyecto del Código Procesal Constitucional fue ampliamente debatido en el seno del Congreso de la República, aprobándose la versión original del artículo 5.8 de dicho cuerpo legal que habilitaba un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones a través del proceso de amparo. Desde la fecha de su entrada en vigencia —1o. de diciembre de 2004— hasta la dación de la cuestionada Ley No. 28642 —7 de diciembre de 2005— no han sido pocas las causas resueltas por este Tribunal (*cfr.* fundamento no. 27, *supra*), ninguna de las cuales supuso el retraso del cronograma electoral. De manera que, en concordancia con lo expuesto en el fundamento no. 28, *supra*, el legislador estableció, precisamente, al artículo 1o. del Código Procesal Constitucional como el dispositivo que habilita y convierte al proceso de amparo en eficaz. Por lo demás, el argumento de que el proceso de amparo sólo servirá para determinar responsabilidades, lo cual es difícil de concretarse debido a que en dicho proceso la actividad probatoria es mínima, carece de todo sustento, toda vez que en tales supuestos, ello no le corresponderá al Tribunal Constitucional, sino al Ministerio Público, quien de ser el caso, y luego de efectuadas las investigaciones correspondientes, determinará lo que estime pertinente.

32. En el mismo sentido, también parece oportuno reseñar el Caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile —también denominado Caso “La Última Tentación de Cristo”—, respecto de la censura previa establecida en la propia Constitución chilena, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara en los puntos 1 y 4 de la parte resolutive de la sentencia del 5 de febrero de 2001 que:

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

... el Estado (chileno) violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... y... decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa... y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

Luego, por Resolución del 28 de noviembre de 2003, sobre cumplimiento de la sentencia antes referida (caso “La Última Tentación de Cristo”-Olmedo Bustos y otros), la Corte Interamericana de Derechos Humanos verificó, en el punto 2 de la parte considerativa:

“Que de acuerdo con la información proporcionada... el Estado dio cumplimiento al punto resolutivo número 4 de la sentencia del 5 de febrero de 2001...”, esto es, modificó su Constitución, suprimiendo la censura previa.

33. De igual manera, cabe hacer mención al Caso Janet Espinoza Feria y otras ciudadanas peruanas, quienes han presentado una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de sus derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del Jurado Nacional de Elecciones, cuya admisibilidad ha sido declarada, lo cual supone, de momento, una potencial condena internacional al Estado peruano debido a una eventual afectación de los derechos invocados.¹⁰

34. En dicho caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó

...de acuerdo a disposición constitucional, artículo 181, las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones en esta materia son dictadas en instancia final, definitiva e irreversible, lo que significa que no tiene la posibilidad de ser conocidas y controladas en aspectos formales o de fondo por vía jurisdiccional en procesos ordinario, verbi gratia ante el contencioso administrativo o por vía de

¹⁰ Informe No. 51/02 de Admisibilidad, petición 12.404, caso Janet Espinoza Feria y otras (Perú), del 10 de octubre de 2002, punto 1 de la parte resolutive.

*amparo, tratándose esta última de una acción extraordinaria, con lo cual los peticionarios no tendrían otra oportunidad ante los órganos regulares del Estado para demandar la protección a estos derechos que alegan como violados.*¹¹

Para luego concluir que:

*...los recursos ofrecidos por la legislación interna en el área electoral para que los peticionarios y las presuntas víctimas hubieran acudido en solicitud de reposición de sus derechos fueron agotados por ellos a satisfacción y que por tratarse además de un procedimiento restrictivo, sin ninguna posibilidad de control judicial o constitucional, están agotadas las posibilidades para que el Estado peruano a través de su jurisdicción logre la realización de los presuntos derechos que se discuten como violados por sus agentes.*¹²

35. Lo expuesto alude a lo señalado en el fundamento no. 26, *supra*, respecto a la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal, cuyo deber es desarrollar una labor *preventiva* a fin de evitar las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: *que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. *Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública correspondiente a la*

¹¹ *Op. cit.*, párrafo 49.

¹² *Ibidem*, párrafo 52.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

*presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007 y que obra en autos.*¹³

37. Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional no comparte la tesis del *partícipe*, en el sentido de que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna, toda vez que pretende convertir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una segunda instancia, debiendo tener presente, además, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos constituye un mecanismo supletorio o residual que sólo debe operar cuando no existan remedios internos, que en el caso del Perú lo constituye el proceso de amparo, siendo obligación del Estado peruano adecuar su derecho interno a los principios derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, según lo dispone su artículo 2o.

*Conclusión: El derecho de acceso a la justicia
como manifestación del derecho al debido proceso*

38. Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional considera que la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, toda vez que, conforme se ha expuesto, no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. *Lo anterior conduce a este Colegiado a rechazar la tesis del abogado del Jurado Nacional de Elecciones, quien durante la*

¹³ Cfr. Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, p. 42.

*audiencia pública sostuvo que el único control que admiten, como último mecanismo, es el de la opinión pública.*¹⁴

39. En efecto, para este Colegiado queda claro que la cuestionada disposición se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

40. Así, resulta incompatible con el artículo 80. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 20. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que se ha hecho referencia en el fundamento no. 18, *supra*. Y, por extensión, también resulta incompatible con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, según lo expuesto en el fundamento no. 22, *supra*.

41. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional estima que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y *hábeas corpus* frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuan-

¹⁴ Cfr. Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, p. 46.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

do tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto más, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención —en particular, la expedida en el Caso Yatama *vs.* Nicaragua— y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de la norma fundamental. *Así también se han manifestado, tanto el procurador del Congreso de la República, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, en el sentido de que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.*¹⁵

Los Informes de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia

...

49. El Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en el sentido de que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y *hábeas corpus* frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo

¹⁵ *Cfr.* Copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública del Tribunal Constitucional realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, que obra en autos, pp. 19 y 49.

y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, también concuerda, por un lado, con el argumento de que los artículos 142 y 181 de la Constitución Política del Estado deben permitir su revisión mediante el proceso de amparo cuando en su aplicación se adopten decisiones contrarias a los derechos humanos; y, por otro, con la tesis de que el proceso de amparo previsto en el Código Procesal Constitucional es uno de aquellos recursos contemplados en el artículo 25 de la Convención Americana para satisfacer esa obligación internacional, pues en diversas sentencias, la Corte Interamericana ha reconocido al proceso de amparo del Perú como uno de esos recursos sencillos y rápidos capaces de brindar protección judicial.

50. De otra parte, si bien es cierto que aún no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso Yatama *vs.* Nicaragua) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido.

...

57. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional declara que:

a) Está probado que a pesar de que los artículos 142 y 181 de la Constitución prescriben que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no son revisables en sede judicial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió la denuncia presentada por la ciudadana peruana Susana Higuchi Miyagawa.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

b) Está probado que en el caso de Susana Higuchi Miyagawa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado peruano adoptar las medidas tendientes a modificar el artículo 181 de la Constitución, a fin de posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.

c) Está probado que en el mencionado caso, el Estado peruano se vio obligado a allanarse y, precisamente a partir de dicha recomendación, cumplió con adecuar su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.

d) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, el propio abogado del Jurado Nacional de Elecciones reconoció que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos.

e) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, tanto el procurador del Congreso de la República, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, reconocieron que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.

f) Está probado que durante la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007, el abogado del Jurado Nacional de Elecciones expresó que para dicha entidad no existe ningún control judicial, limitándose al de la opinión pública.

g) Está probado que el Tribunal Constitucional nunca ha intervenido en materias electorales, y que ninguna de sus decisiones —emitidas en los últimos once años— supuso la interrupción del cronograma electoral ni produjeron efectos perniciosos;

más aún, salvo en dos casos, todas las demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables.

h) Está probado que en el supuesto de que una demanda sea desestimada por irreparable, y de comprobarse la violación de los derechos fundamentales, el objeto de la demanda será determinar las responsabilidades que correspondan, según lo manda el segundo párrafo del artículo 1o. del Código Procesal Constitucional.

i) Está probado que existen pronunciamientos del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, en el sentido de que el proceso de amparo es uno de aquellos recursos contemplados en el artículo 25 de la Convención Americana para satisfacer esa obligación internacional; y que los artículos 142 y 181 de la Constitución deben permitir su revisión mediante el proceso de amparo cuando en su aplicación se adopten decisiones contrarias a los derechos humanos.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

Ha resuelto

1. Declarar *fundada* la demanda; en consecuencia, inconstitucional el artículo único de la Ley No. 28642, modificatoria del artículo 5o., numeral 8), de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional, el cual se deja sin efecto, por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200.2 de la Constitución.

2. De acuerdo con los artículos 201 de la Constitución y 1o. de su Ley Orgánica No. 28301, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el fundamento no. 23, *supra* establece que:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de má-

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

ximo intérprete constitucional, tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al derecho electoral constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178, 182 y 183— de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 10. del Código Procesal Constitucional.

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”.

d) Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma elec-

toral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

3. *Declarar* que, de conformidad con el artículo 178.5 de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

...

RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES: LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO CRITERIOS PARA SU INTERPRETACIÓN

Sinopsis: En la sentencia dictada para resolver un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México recurrió a los estándares internacionales en materia de derechos político-electorales para interpretar sus posibles restricciones. En particular, respecto al derecho a ser votado, el Tribunal determinó que cualquier limitación debe respetar su contenido esencial, entre otros, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos y a los criterios emitidos por los órganos encargados de su interpretación y aplicación. Con relación a la jerarquía normativa interna, especialmente tratándose de la Constitución federal, las Constituciones locales y los tratados internacionales, este órgano judicial señaló que, en caso de duda, debe aplicarse la norma más favorable a su ejercicio. El Tribunal aplicó los artículos 1o., 2o., 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se refirió a los criterios del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General No. 25, *La participación en los asuntos públicos, los derechos político-electorales y el acceso igualitario al servicio público*; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Yatama vs. Nicaragua*, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, *Durand y Ugarte vs. Perú*, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Godínez Cruz vs. Honduras*; y, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México 1998. La sentencia se encuentra acompañada de un voto concurrente.

Synopsis: *In the decision pronounced to rule on a judgment for the protection of political-electoral rights of the citizens, the Electoral Tribunal of the Federal Judicial Power of Mexico made use of the international standards on political-electoral rights to construe their possible restrictions. In particular, with respect to the right to be voted, the Tribunal determined that any limitation must respect its essential contents, among others, according to the international human rights treaties and the criteria of the international organs which interpret and apply them. In relation to the domestic normative hierarchy, especially when dealing with the Federal Constitution, the local constitutions and the international treaties, this judicial organ pointed out that, in case of doubt, the most favorable norm must be applied. The Tribunal applied the articles 1st, 2nd, 23, 29 and 30 of the American Convention on Human Rights and the article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Likewise, it made a reference to the criteria of the Human Rights Committee of the United Nations in its General Comment No. 25, The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25); of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Yatama v. Nicaragua, Garrido y Baigorria v. Argentina, Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) v. Panamá, Caballero Delgado y Santana v. Colombia, Durand y Ugarte v. Perú, Velásquez Rodríguez v. Honduras y Godínez Cruz v. Honduras; and, of the Inter-American Commission of Human Rights in its Report on the Situation of Human Rights in Mexico 1998. The judgment contains a concurring opinion.*

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN DE MÉXICO

EXPEDIENTE: SUP-JDC-695/2007 — 6 DE JULIO DE 2007
JORGE HANK RHON CONTRA EL TRIBUNAL
DE JUSTICIA ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Vistos, para resolver los autos del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-695/ 2007, promovido por Jorge Hank Rhon, contra la resolución de veintiuno de junio de dos mil siete, emitida por el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del estado de Baja California.

Resultando

I. *Antecedentes*. De la narración de la demanda, así como de las constancias que obran en autos, se advierten los siguientes:

a. El cinco de agosto de dos mil cuatro, Jorge Hank Rhon fue elegido presidente municipal del Ayuntamiento de Tijuana, Baja California, para el periodo dos mil cuatro-dos mil siete.

b. El veintiséis de julio de dos mil seis, el Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral de Baja California celebró sesión ordinaria, en la cual, desahogó lo concerniente a la consulta ciudadana presentada por el representante del Partido Revolucionario Institucional, en relación con la procedencia del registro como candidato a gobernador del actual presidente municipal de Tijuana, Jorge Hank Rhon, pese a lo dispuesto en

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California.

La consulta acerca de la interpretación del citado precepto constitucional fue atendida en la misma sesión, y aprobada, en el sentido de que era procedente el registro atinente, por mayoría de cuatro votos a favor y tres en contra.

...

f. El treinta y uno de enero de dos mil siete, se presentó ante el Instituto Estatal Electoral de Baja California, la solicitud de registro del convenio de la coalición “Alianza para que Vivas Mejor”, suscrito por los partidos, Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México y Estatal de Baja California. El dieciocho de febrero de ese año, se aprobó la solicitud.

g. El veinte de abril siguiente la referida coalición solicitó al Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral registrar como candidato a gobernador a Jorge Hank Rhon. Por acuerdo del veintitrés de mayo siguiente, el Instituto Electoral aprobó el registro.

h. En contra de dicho acuerdo, el veintisiete de mayo de este año, la coalición “Alianza por Baja California” interpuso recurso de inconformidad.

i. El veintiuno de junio pasado, el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California revocó el acuerdo de registro emitido por el Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral de esa entidad y ordenó a la coalición “Alianza para que Vivas Mejor”, realizara la sustitución de ese candidato.

II. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO

En contra de esa resolución, el veintisiete de junio de dos mil siete, Jorge Hank Rhon promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California.

...

Considerando:

...

Además de lo anterior, de la lectura de la demanda esta Sala Superior advierte que el actor impugna la legalidad de la resolución reclamada, pues al respecto formula, entre otros agravios, la incongruencia de la resolución impugnada, la falta de fundamentación y motivación, así como la indebida interpretación del artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, por lo cual, no se invocó la falta de conformidad de los preceptos sustentantes del acto reclamado con la Constitución federal.

...

Quinto. El estudio de los agravios, se divide en dos apartados, 1. Agravios relacionados con la improcedencia del juicio local y, 2. El análisis de la debida interpretación del artículo 42 de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, en relación con los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y ratificados por el Senado y con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las limitantes al derecho de ser votado.

1. Agravios relacionados con la improcedencia del juicio local

...

Ciertamente, de la resolución reclamada se advierte que no se asienta algún argumento a través del cual el tribunal responsable justifique por qué asumió criterios distintos sobre la interpretación del artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado de Baja California, a pesar de tratarse de la misma integración de ese órgano jurisdiccional la que emitió las decisiones del once de diciembre de dos mil seis, en donde fijó que en ese precepto no existía prohibición para que un presidente municipal que no había terminado el periodo para el que fue electo, fuera candidato para desempeñar el cargo de gobernador del estado, y la del veintiuno de junio de dos mil siete, en la que estimó que sí existía.

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Sin embargo, esa ausencia de motivación y de exhaustividad en la resolución reclamada no actualizan la improcedencia pretendida por el actor.

...

Tocante a la violación a los principios de certeza y seguridad jurídica, así como a la supuesta expectativa de derecho, que podría entenderse como una inducción al error, invocadas por el actor, como consecuencia del cambio de criterio asumido por el tribunal responsable, además de que tales causas no están previstas en la ley electoral local, para decretar la improcedencia del recurso de inconformidad, al tratarse de argumentos que se sustentaron en la existencia de la cosa juzgada y su eficacia refleja, al haberse desestimado la base en la cual descansan, igualmente resultan infundados.

...

2. El análisis de la debida interpretación del artículo 42 de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, en relación con los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y ratificados por el Senado y con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las limitantes al derecho de ser votado.

Los agravios son fundados en parte y suficientes para revocar la resolución impugnada.

...

Le asiste razón al actor al exponer que:

a. La resolución impugnada está indebidamente fundada y motivada, al sustentar que la interpretación literal y sistemática de los artículos 18, 41, 42 y 80, de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, así como 55, fracción V, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que quienes tengan el carácter de presidente municipal, entre otros, durante el periodo de su encargo y aun cuando se separen, no pueden ser electos gobernadores en esa entidad federativa.

b. De igual forma, la prohibición prevista en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución local de Baja California, consistente en que un presidente municipal de un ayuntamiento no pueda ser electo gobernador del Estado, durante el periodo para el cual fue electo, aun cuando se separe de su cargo, contraviene a los tratados internacionales y, en especial, a los artículos 1o., 2o., 29 y 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales forma parte del sistema jurídico mexicano, lo cual debió respetarse por el principio de jerarquía normativa.

Es fundado lo argumentado en el sentido de que el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, en lo que aquí interesa, debe interpretarse en el sentido de que los presidentes municipales tienen permitido registrarse y ser electos como gobernador de esa entidad, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el cual fueron electos, en armonía con lo dispuesto por los tratados internacionales, por lo cual, debe estarse a lo dispuesto en el diverso artículo 41 del mismo ordenamiento, en el sentido de que para el ejercicio de ese derecho, es suficiente la separación del cargo con noventa días de anticipación a la celebración de la jornada electoral, de acuerdo con lo que se explica en las consideraciones siguientes.

La cuestión principal es determinar el alcance de los artículos 41, fracción VI, y 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, en relación con la permisón o prohibición jurídica de que los presidentes municipales durante el período para el que fueron electos, puedan ser candidatos a gobernador de esa entidad.

Esta cuestión puede analizarse desde dos aspectos: 1) el de control constitucional, a través del cual se confrontarían los preceptos legales en cita, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2) el de legalidad, basado en los métodos de interpretación autorizados en nuestro sistema jurídico, a partir de los cuales se establece el sentido o significado de dichos preceptos.

...

Ciertamente, de la interpretación sistemática de los artículos 41, fracción VI, y 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, a la luz de los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República y ratificados por el Senado, en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental de ser votado y, en especial, con lo dispuesto en los artículos 1o., 2o., 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se obtiene que la limitación prevista en el citado artículo de la Constitución local no encuadra en los supuestos permitidos para restringir ese derecho fundamental, por lo cual debe estarse a la norma que maximice el ejercicio del derecho a ser votado, como se demuestra enseguida.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales suscritos por el presidente y ratificados por el Senado, forman parte del sistema jurídico nacional, razón por la cual sirven de sustento para resolver la controversia planteada.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia relativo a que los tratados internacionales forman parte del sistema jurídico mexicano, conduce al principio de que los derechos fundamentales no están sometidos a la distribución de competencias del Estado federal, por lo que cualquier norma puede preverlos, ampliarlos o complementarlos y toda autoridad está en la obligación de respetarlos.

Esto es, tratándose de los derechos fundamentales es posible ubicarlos fuera de las competencias de las autoridades, pues cuando la Constitución federal reconoce las libertades y derechos, no lo hace solamente para la autoridad federal, sino que es extensivo para todas las demás autoridades en el ámbito de su competencia; por ello, los derechos fundamentales no necesariamente están en las relaciones de competencias, sino que pueden trascender a éstas y, precisamente, esta es la cualidad expansiva de esos derechos, porque los consagrados por una autoridad federal pueden ser ampliados por las demás autoridades en sus ámbitos espacial y personal de validez.

De la misma manera, la Constitución permite que el derecho internacional expanda los consagrados en el sistema jurídico nacional, pues los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1o., por lo cual, a *contrario sensu*, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la Constitución establece exclusivamente un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar, el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social.

Sin embargo, lo anterior no significa que cualquier deficiencia en la consagración de los derechos, respecto de los plasmados de manera más completa en un tratado internacional, constituya una irregularidad, ya que el carácter expansivo de los derechos fundamentales las hace complementarias en sus consagraciones normativas, y que se apliquen a favor de las personas o comunidades titulares, la norma de mayor beneficio.

Según el artículo 133 constitucional, la Constitución y la leyes federales así como los tratados internacionales son ley suprema de la Unión, lo cual implica que tienen validez en todo el territorio del país y deben ser acatados por todas las autoridades, sin importar si son federales, estatales o municipales.

Por tanto, esta Sala Superior tiene competencia para interpretar el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado de Baja California, en relación con los tratados internacionales, pues se trata de control de legalidad y no de constitucionalidad de la norma, si se tiene en cuenta que no se hace una comparación entre lo establecido por la carta magna y la legislación local...

De todo lo anterior se advierte que esta Sala Superior puede armonizar las disposiciones relacionadas con los derechos fundamentales tutelados en los tratados internacionales siempre y cuando su contenido potencialice los derechos fundamentales reconocidos como principios en el sistema jurídico mexicano.

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Al respecto, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2o. [sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social], y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Por su parte, en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En opinión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano encargado de la supervisión del cumplimiento del mencionado Pacto Internacional, cualquiera que sean las condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos político-electorales “deberán basarse en criterios objetivos y razonables”, toda vez que “el ejercicio de estos derechos por los ciuda-

danos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos”.¹

De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana, ha estimado que:

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos [consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana] no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1o. de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, *atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo*. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.²

Por su parte, los artículos 29 y 30 de la Convención Americana establecen:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

¹ Observación General No. 25, LVII período de sesiones (1996), párrafo 4.

² *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C no. 127, pár. 206.

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

a) *Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno, y*

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, *no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

En conjunto, tal como ha sido criterio reiterado de esta Sala Superior, así como de la jurisprudencia internacional,³ los derechos fundamentales de carácter político-electoral no son derechos absolutos o ilimitados sino que pueden ser objeto de ciertas restricciones permitidas, siempre que las previstas en la legislación, no sean irracionales, injustificadas, desproporcionadas o que se traduzcan en privar de su esencia a cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental.⁴

³ Diferentes instancias internacionales han reconocido el carácter no absoluto de los derechos políticos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 25; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C no. 127; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, S. 02-03-1987, *Matthews vs. Gran Bretaña*, S. 18-02-1999 y *Melnichenko v. Ucrania*, S.12-10-2004.

⁴ Este criterio se encuentra en la tesis: *Candidaturas independientes. La negativa de registro con base en una disposición legal que establece que sólo los partidos políticos tienen derecho a postular candidatos. No viola la Constitución federal ni los tratados internacionales* (Legislación de Michoacán). SE3L 048/2002, consultable en *Jurisprudencia y tesis relevantes: Compilación oficial 1997-2005*. Vol. tesis relevantes, p. 394.

Restricciones que deben ser interpretadas de forma tal que garanticen el ejercicio efectivo de tales derechos y eviten suprimirlos o limitarlos en mayor medida que la permitida en la Constitución y en los propios tratados internacionales.

Acorde con lo anterior, cualquier condición que se imponga al ejercicio de los derechos político-electorales deberá basarse en calidades inherentes a la persona, así como en criterios objetivos y razonables y, por tanto, el ejercicio de tales derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos.

Al respecto, esta Sala Superior ha estimado que las calidades, requisitos, circunstancias o condiciones para el ejercicio del derecho de voto pasivo que establezca la ley deben respetar el *contenido esencial* de este derecho fundamental previsto en la Constitución federal, así como en la Constitución local y en los tratados internacionales respectivos, y han de estar razonablemente armonizadas con otros principios o derechos fundamentales de igual jerarquía, como el principio de igualdad. En todo caso, tales requisitos o condiciones deben establecerse en favor del bien común o del interés general (como se prevé en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el presidente de la República y ratificados por el Senado).⁵

En la especie, el derecho fundamental de ser votado está reconocido en el artículo 8o., fracción IV, inciso c), de la Constitución local, así como en los tratados internacionales de derechos humanos antes mencionados, instrumentos que son obligatorios, en los términos del artículo 133 constitucional que, entre otros aspectos, dispone que los jueces de cada Estado se arreglarán a dichos tratados “a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”. Siendo un principio general del derecho el que un tratado obliga a los Estados por lo que respecta a la totalidad de su territorio y que, por tanto, un Estado “no pueda alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación inter-

⁵ SUP-JDC-713/2004, sentencia del 22 de diciembre de 2004.

nacional”,⁶ así como que un Estado que ha ratificado un tratado internacional no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de dicho instrumento.⁷

En este sentido, resulta relevante el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que, en conformidad con la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, “lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”,⁸ ello en conformidad con los deberes generales reconocidos en los términos de los artículos 1.1 y 2o. de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, estos artículos, hacen referencia a las principales obligaciones contraídas por los Estados frente a los individuos sujetos a su jurisdicción y frente a la comunidad internacional. En este sentido, el artículo 1.1. de la Convención Americana, de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “impone a los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional”.⁹

Por su parte, el artículo 2o. de la Convención Americana establece el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Sentencia del 2 de febrero de 1996, serie C no. 26, párr. 46.

⁷ Ambos principios han sido codificados en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (artículos 27 y 29).

⁸ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párr. 201.

⁹ Entre otros, Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello, vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, cit., párr 111; *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C no. 72, párr. 178; *caso Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C no. 22, párr. 56.

carácter necesarias para hacer efectivos de los derechos y libertades reconocidos en la misma, siendo que, como ha destacado la Corte Interamericana, esta disposición establece la obligación a cargo de los Estados de “adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”.¹⁰ En opinión de dicho tribunal interamericano, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹¹

La maximización del derecho político-electoral de ser votado se inscribe en la tendencia de otras instancias nacionales e internacionales, tales como la expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas, de ampliar, en la medida de lo posible, las condiciones de ejercicio del derecho al voto pasivo; tendencia manifiesta también en el ámbito internacional, tal como lo ilustran las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México 1998*.

Pues bien, de los tratados internacionales citados, se advierte que el ejercicio del derecho de participación política puede reglamentarse en la ley, esencialmente, por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Ese tipo de limitaciones son de carácter personal, intrínsecos al sujeto, de lo cual se advierte que las limitaciones al derecho fundamental de ser votado deben ser, primordialmente de esa naturaleza, sin que esto signifique la imposibilidad para estable-

¹⁰ Cfr. Entre otras, *caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones, sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, no. 39, párr. 68 y *caso Durand y Ugarte*. Sentencia sobre fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, no. 68, párr. 136.

¹¹ *Caso Velázquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No 4, párr. 167, y *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 176.

cer limitaciones tendentes a salvaguardar los principios constitucionales de cualquier elección, como son, los de igualdad, equidad en la contienda y sufragio libre, entre otros, para lo cual, las limitaciones adoptadas deberán ser, necesarias, proporcionales e idóneas para la obtención de la finalidad perseguida.

En el caso, el artículo 41 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California establece el derecho de quienes ocupan un cargo, empleo o comisión en la administración pública federal, estatal o municipal, de contender para la gubernatura, si se separan con noventa días de anticipación al día de la jornada electoral, supuesto que eficienta el derecho a ser votado. Por otra parte, el artículo 42, párrafo tercero, de la citada Constitución, prevé una restricción que no encuentra sustento en el sistema jurídico al que pertenece, como se demuestra a continuación.

El citado artículo 42, párrafo tercero, podría leerse como una prohibición para que los presidentes municipales, entre otros, que no han concluido su encargo, contiendan para ser gobernador de su estado.

Esta lectura restringe el ejercicio del derecho de ser votado, de la forma en que se encuentra previsto en el artículo 41, fracción VI, de la Constitución local y potencializado por los tratados internacionales, porque se trata de una limitación que no corresponde ni a calidades intrínsecas de la persona, ni resulta necesaria, proporcional e idónea para tutelar alguno de los principios rectores de cualquier elección.

Así es, ocupar el cargo de presidente municipal, no es inherente a la persona, porque, en términos del artículo 79 de la Constitución local y 32 de la Ley de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Baja California, el cargo de presidente municipal se adquiere por reunir los requisitos previstos en dicha legislación, y por resultar electo en el proceso electoral atinente.

De conformidad con tales requisitos, el cargo de presidente municipal no implica contar con una calidad de naturaleza personal, pues el elemento definitorio consiste en haber resultado vencedor en una contienda electoral, por lo que, ocupar ese car-

go, no es razón suficiente para limitar el derecho fundamental de ser votado, puesto que ese ejercicio sólo implica otro tipo de atributos o circunstancias del sujeto, derivadas del ejercicio del derecho de ser votado y elegido por el voto popular.

Tampoco es una medida necesaria, idónea y proporcional, de conformidad con los criterios para determinar la validez de las restricciones a derechos fundamentales, asumidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en la sentencia de 23 de junio de 2005...

La restricción prevista en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución del estado de Baja California, no es idónea para alcanzar la finalidad perseguida consistente en lograr el adecuado y el responsable desempeño de un cargo de elección popular, pues éste está asegurado a través de diversos mecanismos constitucionales...

En esas condiciones, a fin de armonizar la legislación local con el derecho fundamental de ser votado, es necesario acudir a la norma que maximice el ejercicio del derecho fundamental citado, pues el artículo 42 de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Baja California, establece una prohibición desproporcional, innecesaria y falta de idoneidad, que no encuentra justificación en el sistema jurídico al que pertenece, por lo que, para superar esa problemática, debe entenderse permitido a quien tenga el cargo de presidente municipal, participar como candidato a gobernador de esa entidad federada, siempre y cuando se separe de su cargo noventa días antes de la jornada electoral, puesto que así lo regula el diverso artículo 41 del mismo ordenamiento, al potencializarse el ejercicio del derecho a ser votado.

Esto es así, porque en esta última disposición, pese a la limitante que contiene, se permite que el candidato ejerza su derecho a ser votado y contienda para el cargo de gobernador, pese a no haber concluido el período para el que fue electo.

Lo anterior, porque la Constitución local de Baja California prevé en otra de sus disposiciones, requisitos de elegibilidad que permiten el ejercicio pleno del derecho de ser votado, como lo es su artículo 41; entonces, con el fin de armonizar las cita-

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

das disposiciones, debe permitirse el pleno ejercicio del derecho de ser votado, lo cual es a su vez, acorde con los tratados internacionales.

...

Esta Sala Superior ha considerado que el derecho político-electoral de ser votado es un derecho fundamental previsto y reconocido constitucionalmente, así como por diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, razón por la cual la interpretación restrictiva debe hacerse únicamente en los supuestos previstos en la Constitución federal, esto es, los derechos otorgados por la máxima ley se entienden enunciativamente, mientras que las restricciones solamente deben verse de forma limitativa.

...

En la resolución reclamada, la autoridad responsable pretende obtener una restricción genérica, en el sentido de que la Constitución permite limitaciones al derecho político-electoral de ser votado de los ciudadanos, cuando ocupen un cargo de elección popular y pretendan ocupar uno diverso; sin embargo, tal principio general no puede ser obtenido del artículo 55, fracción V, segundo párrafo, de la Constitución, porque, como ya se dijo, las restricciones deben ser interpretadas limitativamente y aplicadas exclusivamente a los casos concretos establecidos, y en la especie, la autoridad responsable pretende obtener de una norma específica, un principio encaminado a limitar un derecho fundamental genérico, lo cual carece de sustento jurídico.

La conclusión alcanzada, en el sentido de que la interpretación lleva a aplicar lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la constitución local, por ser el precepto que maximiza y potencializa el ejercicio del derecho fundamental de ser votado, se corrobora si se acude al método de interpretación *in dubio pro homine* o *pro libertate*, que tiene como directriz favorecer a la libertad en caso de duda, esto es, implica considerar a la libertad como uno de los valores de la mayor importancia en un Estado de derecho, si se tiene en cuenta que los principios son las piezas más importantes del sistema jurídico, puesto que re-

presenta el poder en el campo de acción del individuo necesario para su desarrollo y autorrealización, lo cual redundaría en beneficio de la sociedad, y como tal, constituye un freno al poder del Estado, para impedir los abusos de los gobernantes.

En ese sentido, en un Estado de derecho la tendencia en los ordenamientos jurídicos y la interpretación jurídica apunta a lograr la mayor libertad posible en el ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados, de manera que el juez debe resolver mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad, o que la haga posible en mayor medida.

...

Así, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la Constitución del Estado de Baja California, porque hace posible el ejercicio del derecho a ser votado del gobernado, con base en una restricción menor que se traduce en la posibilidad de, separado del cargo con la anticipación prevista, contiende para ser gobernador en la elección inmediata.

En cambio, el artículo 42, en su párrafo tercero, limita de tal forma el derecho a ser votado, que impide a los presidentes municipales en funciones contender para la elección inmediata al cargo de gobernador, lo cual hace nugatorio el derecho del ciudadano de ser votado.

...

Además, el artículo 42, tercer párrafo de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, en los términos gramaticales en los cuales se encuentra redactado, implicaría la asunción de un criterio incompatible con un principio rector del ejercicio de los derechos fundamentales (entre ellos los de corte político-electoral) garantizados por el ordenamiento nacional e internacional, reconocido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-179/2004, en sesión pública de diez de septiembre de dos mil cuatro.

En dicha ejecutoria se sostuvo que el desempeño de un cargo de elección popular o de uno de naturaleza federal, por cuanto constituye el ejercicio de un derecho político consignado en la

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe erigirse a la vez en obstáculo para ejercer ese mismo derecho, respecto a un cargo electivo diverso.

Semejante postulado descansa en la naturaleza de los derechos de carácter fundamental reconocidos por el ordenamiento, como zonas o espacios de inmunidad cuya finalidad es asegurar la libertad y seguridad jurídica de los individuos frente a los poderes públicos, y de manera particular respecto de los derechos de participación política, en especial el de sufragio en sus dos vertientes, que constituyen la piedra angular de todo sistema democrático, pues permiten la necesaria conexión y eventual identificación entre el ciudadano y la autoridad, por lo que constituye un presupuesto indispensable garantizar, en principio, que todo ciudadano esté en aptitud de ejercer el derecho de sufragio en las elecciones populares que se celebren para la renovación de los órganos públicos representativos del Estado mexicano, sean éstos federales, estatales o municipales, sin que para tales efectos sean relevantes cualesquiera otras circunstancias o condiciones sociales o personales, tales como etnia, raza, sexo, dignidad, mérito, experiencia, formación, rendimiento o discapacidad.

...

Resuelve:

Primero. Se revoca la sentencia de veintiuno de junio de dos mil siete, emitida por el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California en el recurso de inconformidad RI-023/2007.

Segundo. Se confirma el acuerdo de registro de Jorge Hank Rhon, como candidato a gobernador del estado de Baja California, postulado por la coalición “Alianza para que Vivas Mejor”, aprobado el veintitrés de mayo de dos mil siete, por el Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral de Baja California.

...

ALCANCE DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Sinopsis: Al resolver sobre la negación de la entrega de información en poder de una institución educativa pública, un Juzgado de Liquidación y Sentencia de Paraguay estableció el alcance del derecho al acceso a la información pública. Para interpretar y determinar sus condiciones de restricción basó su decisión en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile. Además, el Juzgado reiteró el carácter obligatorio de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Synopsis: When ruling on a refusal to deliver information in hands of a public educational institution, a Court of Liquidation and Judgment of Paraguay established the scope of the right to access to public information. For interpreting and determining the conditions for its restriction it based its decision on the article 13 of the American Convention on Human Rights and on the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case Claude Reyes and others *v.* Chile. Besides, the Court reaffirmed the binding character of the American Convention and of the jurisprudence of the Inter-American Court.

JUZGADO DE LIQUIDACIÓN Y SENTENCIA
NO. 1 DE PARAGUAY

S.D. No. 40 — 31 DE JULIO DE 2007
AMPARO PROMOVIDO POR ELIZABETH FLORES NEGRI
C/ EL RECTORADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
DE ASUNCIÓN

Resulta:

Que, en fecha 20 de junio de 2007, se presentó ante este Juzgado Elizabeth Flores Negri, bajo patrocinio de Abogados de la Defensoría del Pueblo, con el objeto de iniciar acción de amparo contra el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, manifestando en su escrito de fojas 2/3 que en fecha 28 de mayo de solicitó a través del Centro de Acceso a la Información Pública de la Defensoría del Pueblo copia del Reglamento General de Becas aprobado por resolución nro. 71-00-2005 / acta nro. 5 de fecha 9/03/2005. Que la defensoría del Pueblo canalizó su solicitud por medio de la nota fechada el mismo 28 de mayo, “la cual fue remitida al rectorado en fecha 5 de junio del corriente año por el funcionario Miguel González, quien una vez en mesa de entrada no pudo entregar la nota debido a la negativa del funcionario encargado, quien manifestó que el formato no era el correcto para dirigirse al rector de la Universidad Nacional, motivo por el cual no podía darle el recibido”. Continúa su exposición de los hechos manifestando que “en fecha 13 de junio el secretario de la Delegación del 9no. Turno de la Defen-

soría del Pueblo señor Juan Villalba, se constituyó en el Rectorado a fin de intentar dar entrada a la nota, conversar con la jefa de mesa de entrada y labrar un acta en caso de repetirse lo anteriormente descrito. Grande fue la sorpresa cuando la misma Lic. Maria Victoria Torres, no sólo se negó a recibir la citada nota, sino que puso en duda la autenticidad de la misma por carecer de la firma de un funcionario responsable de la Defensoría del Pueblo, según consta en acta”. Seguidamente, cita los derechos constitucionales supuestamente lesionados (puntualmente, los derechos a peticionar a las autoridades y a acceder a las fuentes públicas de información) y finaliza su escrito con el petitorio de rigor.

...

Que, a fojas 30 a 31, se presenta el Abogado Daniel Sosa Valdez, en representación de la Universidad Nacional de Asunción, bajo patrocinio de Abogado, a los efectos de “remitir el informe requerido en virtud del oficio Nro. 891 de fecha 21 de junio de 2007, ingresado en Mesa de Entradas del Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción Nro. 5186, en fecha 22 de junio de 2007, y conforme lo dispuesto por el Art. 169 del C.P.C. a formular expreso allanamiento a la pretensión de la actora, que solicita tener acceso a la información que consiste en obtener copia de la resolución nro. 71-00-2005, acta nro. 05 de fecha nueve de marzo del año 2005, dictada por el Consejo superior Universitario de la UNA”. Acompañó el documento glosado a fojas 23 a 26 “aclarando que dicho documento no le pudo ser proveído en su oportunidad (a la actora) ya que la solicitud no fue admitida en Mesa de Entradas del Rectorado de la UNA por no reunir los requisitos formales exigidos por la Institución. Si bien esta parte se allana expresamente a la pretensión formulada por la actora, es importante puntualizar que los funcionarios encargados de la mesa de entradas del Rectorado entendieron, en virtud de criterios de prudencia administrativa, que la interesada no siendo funcionaria de la Defensoría del Pueblo, mal podría presentar notas con membretes del dicho órgano, situación que le fue explicada a la interesada y que para subsanar esa situación bastaba con que la misma haga su solicitud en otra nota sin el membrete de la Defensoría del

Pueblo. O que en su defecto, la solicitud con el mismo formulario esté suscrito por algún funcionario autorizado por la Defensoría del Pueblo”.

...

Considerando:

Que, al día de la fecha, el reclamo de la amparista contra la Universidad Nacional de Asunción ha devenido abstracto puesto que la demandada se ha allanado a su pretensión entregando la información solicitada, habiendo cesado así la lesión a sus derechos. En tal sentido, el Doctor Enrique A. Sosa, en su obra *El Amparo Judicial* (La Ley, Asunción, 2004) sostiene que

no habría razón para pronunciarse sobre una cuestión que ha perdido el interés jurídico y por eso debe tenerse en cuenta la situación al momento en que se dicta la sentencia. La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional ha aplicado este principio en varias acciones de inconstitucionalidad, disponiendo el archivo del expediente sin emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión cuando ella ha sobrevenido abstracta (ver acta y sentencia nro. 95/97 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional). Este es un criterio aplicable al juicio de amparo.

Que, sin perjuicio de esta situación, en autos se ha reclamado la satisfacción de derechos fundamentales de raigambre constitucional, derechos que, por razones de orden público, son irrenunciables.

Que, a pesar del criterio expuesto en primer término, nuestra Corte Suprema de Justicia, también ha realizado puntualizaciones que hacen al buen orden constitucional en casos en los que sus decisiones sólo han tenido un mero valor simbólico. Así, por ejemplo, el voto del doctor Paciello Candia en el acuerdo y sentencia nro. 180 del 28 de mayo de 1996.

...

Que, también se encuentra probado por las manifestaciones y documentos aportados por las partes que la nota en la que la amparista solicitó la información mencionada fue presentada

en la Mesa de Entradas del Rectorado de la Universidad Nacional por un funcionario del Centro de Acceso a la Información Pública de la Defensoría del Pueblo.

Que, en esas condiciones deviene injustificable que los funcionarios de la Universidad Nacional de Asunción se hayan negado a recibir la nota firmada por la Señora Elizabeth Flores Negri.

Que, de todos modos, por más que no hubiera mediado esta circunstancia, los funcionarios de la Universidad Nacional de Asunción no podrían haberse negado a recibir la nota de la amparista ya que ella se había identificado plenamente y había estampado su firma al pie de la misma. En todo caso, si hubiera existido alguna duda sobre el contenido, una vez recibida la nota, se podría haber indagado sobre el hecho de que dicha nota tuviera el membrete de la Defensoría del Pueblo.

Que, al haber obrado de esa manera, la Universidad Nacional de Asunción ha menoscabado el derecho de la amparista a peticionar a las autoridades consagrado en el artículo 40 de la Constitución: “Toda persona individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine....”.

Que, con esa negativa, no sólo ha violado el derecho de la Señora Flores Negri a peticionar a las autoridades sino que también ha postergado, en perjuicio de amparista, la satisfacción del derecho de las personas a acceder a la información que obra en poder de las instituciones públicas.

Que, el derecho de las personas “a recibir información veraz, responsable y ecuánime” se encuentra establecido en el artículo 28 de nuestra Constitución, en el que también se establece que “las fuentes públicas de información son libres para todos”.

Que, nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) mediante la Ley 1/89.

Que, el artículo 13 de dicho tratado internacional establece: “*Libertad de pensamiento y de expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este dere-

cho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o la reputación de los demás, o b) La protección de la Seguridad Nacional, el orden público o la salud o la moral públicas....”.

Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 19 de septiembre de 2006 en el caso “Claude Reyes” ha sostenido 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”. También sostuvo que: “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”.

Que, que el Paraguay es Estado parte de la Convención desde el día 24 de agosto de 1989 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el día 26 de marzo de 1993.

Que, el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la CIDH en nuestro medio jurídico es una conclusión necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fe en el cumplimiento de los tratados) y 27 (imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificado por el Paraguay por medio de la Ley 289/71, así como del propio texto constitucional (artículo 143) que “acepta el derecho internacional” y se ajusta al principio de “protección internacional de los derechos humanos”...

ALCANCE DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Que, de este modo el derecho a acceder a la información que obra en poder del Estado es un derecho humano de raigambre constitucional que, además, integra el halo de derechos humanos que el Paraguay se ha comprometido a respetar ante la comunidad americana y que, a tenor de lo que dispone el artículo 45 *in fine* de la Constitución no puede ser negado ni menoscabado.

...

Resuelve:

I. *Hacer lugar la acción de amparo promovido por Elizabeth Flores Negri contra el Rectorado de la Universidad Nacional de la Asunción.*

II. *Disponer el archivamiento de ésta acción de amparo en atención a que el reclamo de la amparista ha devenido abstracto ante el allanamiento de la demandada entregando la información solicitada.*

...